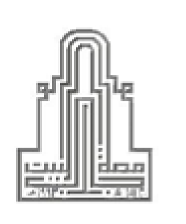
بسم الله الرحمن الرحيم



تطبيق قاعدة عدم جواز الإحتجاج بالدفوع

Applying the base of not adopting clearing defenses

إعداد

عماد ابراهيم كساب الشديفات

الرقم الجامعي: ١٣٢٠٢٠٠١١١

المشرف

الدكتور جمال طلال النعيمي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

عمادة الدراسات العليا

جامعة آل البيت

٢٠١٥

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة بعنوان (تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع) وأجيزت بتاريخ ١٩/ ٥ / ٢٠١٥.

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيـــــــــــــــــع
١- الدكتور جمال طلال النعيمي	(مشرفاً ورئيساً)	....
٢- الدكتور عبد الله السوفاني	(عضواً)	....
٣- الدكتور عمر العطين	(عضواً)	....
٤- الدكتورة نداء كاظم	(عضواًخارجياً)	....

الفصل الثاني ٢٠١٥

الإهـــــــداء

الى روح والدي الحبيب الذي افتقده ما حييت

الى روح والدتي الحبيبة التي لم تغب عن خاطري لحظة واحدة

الى روح أخي الشهيد البطل صايل رحمه الله وجميع شهداء قواتنا المسلحة الأردنية

إلى أخي ومعلمي الأول المحامي هايل شديفات صاحب الفضل بعد الله سبحانه وتعالى

الى جميع أخواني وأخواتي الأحبة

الى نسيبي الغالي العميد علي العموش (أبوماهر)

الى نسيبتي الحبيبة (أم ماهر)

الى زوجتي الحبيبة ورفيقة دربي الدكتورة مي العموش

الى أبنائي هاشم وأحمد

إلى أختي التي لم تلدها أمي وزميلتي في بنك تنمية المدن والقرى سناء سهاونة

إلى أساتذتي الأفاضل في جامعة آل البيت حباً واحتراماً

الى أصدقائي وزملائي واحبتي

أهدي هذا العمل المتواضع

الباحث

شكـــــر وتقديــــــر

أتقدم بداية بالشكر لله عز وجل على اكمال هذه الرسالة، كما وأتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور جمال طلال النعيمي بتفضله بالإشراف على رسالتي لما قدمه لي من عون ومساعدة، كما وأتقدم بجزيل الشكر الى أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بالمشاركة في مناقشة هذه العمل المتواضع لجهودهم المشكورة في إثراء دراستي لما هو أفضل.

فهرس المحتويات

الملخـــــص

تطبيق قاعدة عدم جواز الإحتجاج بالدفوع

إعداد

عماد ابراهيم الشديفات

المشرف

د. جمال طلال النعيمي

هدفت هذه الدراسة الى التأكيد على طابع السرعة والائتمان في المعاملات التجارية والذي يتمثل في تظهير الورقة التجارية ونقل ملكية الحق الثابت فيها الى الغير، بالإضافة الى دراسة قاعدة تطهير الدفوع والتي تعد من أهم الآثار المترتبة على التظهير الناقل للمكية، وما تثيره هذه القاعدة من إشكاليات في التطبيق العملي، وبيان موقف المشرع الأردني من هذه القاعدة والتعرض لموقف الفقه والقضاء في تنظيمها.

وتمثلت إشكالية الدراسة في البحث عن الشروط المؤثرة في قاعدة عدم جواز الإحتجاج بالدفوع، سيما وأن الدفوع التي يطهرها التظهير ليس لها حصر، لارتباطها بضوابط معينة، وتحليل الأثر المترتب حال تطبيقها، وذلك للوصول الى حلول منطقية تنسجم مع الواقع العملي وتؤثر على تطبيق هذه القاعدة كضمانة في تداول السند عن طريق التظهير.

وخلصت الدراسة الى عدة نتائج منها:

١- أن نطاق قاعدة تطهير الدفوع ينسجم مع التظهير الناقل للملكية، ولا مجال له في التظهير التوكيلي، على أنه يصح إعمال هذه القاعدة في التظهير التأميني ولكن بحدود ضيقة، حددها القانون واعترف بها الفقه والقضاء.

٢- أن قاعدة تطهير الدفوع لا تُعنى بالحامل الذي حصل على الورقة التجارية بالتظهير متى كان سيء النية، إلا أنها توازن في الوقت ذاته بين الحامل حسن النية والمدين المظهر، ففي بعض الحالات لا تبسط حمايتها على الحامل ولو كان حسن النية، كما وأكد الفقه والقضاء على أن قاعدة تطهير الدفوع ليست قاعدة مطلقة، وأوصت الدراسة الى ضرورة التوسع بمفهوم الإضرار بالمدين دون الإيحاء اليه بهذه الطريقة المقتضبة.

المقدمـــــة:

يعتبر التظهير أداة فعالة وناجحة في تسيير وتحريك المعاملات التجارية وتمكين الورقة التجارية من القيام بوظيفتها على أكمل وجه، فالتاجر في معاملاته التجارية قد يكون دائنا تارة ومدينا تارة أخرى وأحيانا تكون أصوله ممثلة في حقوق لدى الغير فيستطيع أن ينقل حقا ثابتاً له بالسند الى دائنه الذي يستحقه عند حلول ميعاد الإستحقاق بأن يوقع على ظهر السند أو على الورقة المتصلة بالسند، وعندما تتوافر جميع الشروط اللازمة لصحة التظهير الناقل للملكية فإن هذا التظهير يرتب ثلاثة آثار رئيسية حددت في المواد (١٤٤، ١٤٥، ١٤٧) من قانون التجارة الأردني، وذلك بإنتقال جميع الحقوق الصرفية الناشئة عن الورقة التجارية الى المظهر اليه، والقبول، والوفاء بالورقة التجارية من قِبَل مُظهرها، كذلك عدم جواز الإحتجاج بالدفوع المبنية على العلاقة الشخصية لساحب السند أو حملته السابقين تجاه حامل السند كقاعدة عامة، ولعل هذا الاخير أهم أثر يرتبه التظهير الناقل للملكية المستوفي لأركانه، فوفقاً لهذه القاعدة لا يجوز للمدين الذي أقيمت عليه الدعوى بورقة تجارية أن يحتج على حاملها الشرعي بالدفوع التي كان له أن يحتج بها تجاه الساحب، والحقيقة أن دراسة هذه القاعدة وتحليل النصوص المتعلقة بها من الضرورة بمكان كون أكبر الإشكاليات التي تواجه تداول الورقة التجارية عموماً هي مسألة الرجوع الصرفي للمطالبة بالوفاء بقيمة هذه الورقة، ولذلك سوف تحاول هذه الدراسة بيان الإشكاليات التي تعترض تطبيق هذه القاعدة في سبيل حلها وإيجاد نظام قانوني موحد في إطار تطبيق هذه القاعدة.

أهمية الدراسة:

تنبع أهمية هذه الدراسة من إعتبار التظهير كأحد عمليات الأوراق التجارية خاصة مع نمو العلاقات التجارية وإتساع حجم التبادل التجاري، فالورقة التجارية تؤثر على النشاط الاقتصادي للمجتمعات وتقوم بنقل الإلتزامات والحقوق النقدية الناشئة عن العقود التجارية عن طريق تداول الأسناد التجارية التي تتميز بخصائص أسهل مما هي عليه في نقل الحقوق في القانون المدني ويمكن القول بأن خير ما جاء به القانون هو إمكانية نقل ملكية الورقة التجارية والحق الثابت بها بسهولة وسرعة عن طريق التظهير.

أهداف الدراسة:

كما هو معلوم أن المعاملات التجارية تتسم بالسرعة والسهولة في التداول فمن أهداف هذه الدراسة التأكيد على هذا الطابع الذي يتمثل بالتظهير، بالإضافة الى إلقاء الضوء على قاعدة عدم جواز الإحتجاج بالدفوع لما تثيره من إشكاليات في التطبيق العملي وبيان موقف المشرع الأردني حول النقاط التي ستثار كإشكاليات في هذه الدراسة.

إشكالية الدراسة:

تتلخص إشكالية هذه الدراسة في البحث عن الشروط المؤثرة في قاعدة عدم جواز الإحتجاج بالدفوع، فالدفوع التي يطهرها التظهير ليس لها حصر، لارتباطها بضوابط معينة، وبيان الأثر المترتب حال تطبيقها وذلك بُغية الوصول الى الحلول لإشكاليات عميقة تنبع من الواقع العملي وتؤثر على تطبيق هذه القاعدة كضمانة في تداول الورقة التجارية عموماً.

أسئلة الدراسة:

١- ماهو نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز الإحتجاج بالدفوع؟

٢- ما هي الشروط المتعلقة بقاعدة عدم جواز الإحتجاج بالدفوع؟

٣- ما هو الأساس القانوني في تطبيق هذه القاعدة؟

٤- ما مدى الحماية التي توفرها هذه القاعدة لحامل السند؟

٥- كيفية التمييز بين تداول السند بالتظهير و تداوله عبر حوالة الحق، وما هو الاثر المترتب على هذا التمييز؟

منهجية الدراسة:

سيتم إتباع المنهج الوصفي والتحليلي من خلال الوقوف على النصوص القانونية الناظمة والمتمثلة بقانون الصرف في قانون التجارة الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦، لذا سأتعرض للوصف الدقيق لمحاولة الإجابة على فرضيات الدراسة والإشكالية المطروحة وتحليلها ووضع الحلول المناسبة لأجل التوصل الى الهدف المنشود والمتمثل بمعرفة قاعدة عدم جواز الإحتجاج بالدفوع وبيان موقف المشرع الأردني منها.

الدراسات السابقة:

أحمد زايد- مدى تطابق التزامات البائع في عقد البيع مع إلتزامات المُظهر في الورقة التجارية- بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد ١٣، العدد ٩، ٢٠٠٧، صفحة ٢١٣- ٢٣٩.

تناول الباحث الطبيعة القانونية لعقد البيع وكيفية إنتقال الحق من البائع الى المشتري، بالمقارنة مع التظهير الناقل للملكية من حيث تمكين الحامل بتملك السند وهل ينتقل الحق الثابت في الورقة التجارية كما ينتقل في عقد البيع مع ضماناته بصورة تلقائية الى المُظهر إليه أم أنه يلزم إتخاذ إجراءات شكلية معينة؟، وخلصت الدراسة الى أنه يقابل البيع في المنقول التظهير الناقل للملكية في الورقة التجارية، وأن الحق الثابت في الورقة التجارية ينتقل مع توابعه، كما لو كان مضموناً برهن، أو كفالة، إذ تنتقل هذه الضمانات إلى المُظهر إليه، دون حاجة إلى نص خاص في الورقة التجارية، وإذا كان الحق الثابت في الورقة التجارية مضموناً برهن تأميني، فإن هذا الرهن لا ينتقل إلى المظهر إليه بمجرد التظهير، وإنما يتطلب قيد الرهن لمصلحة المظهر إليه في دائرة تسجيل الأراضي، عملاً بنص المادة (١٣٢٣) من القانون المدني الأردني، وسنتناول في دراستنا جميع أنواع التظهير ومدى إنطباقها على قاعدة تطهير الدفوع.

حسين توفيق فضل الله - نطاق تطبيق قاعدة تطهير الدفوع في التظهير التوثيقي للحوالة التجارية في القانون العراقي- بحث تحليلي مقارن، جامعة صلاح الدين/ كلية القانون والسياسة/ قسم القانون، vol.18,No.2,2014.

توصل الباحث من خلال دراسته الى أن القانون العراقي لم يأخذ بنظر الإعتبار حقوق الملتزمين بالورقة التجارية بالتمسك بما لهم من دفوع شخصية تجاه المُظهر عند رجوع المُظهر إليه المرتهن عليهم بالمبلغ الذي يتجاوز حدود دينه المضمون من جهة، ومن جهة أخرى ساوى المشرع العراقي بين التظهير الناقل للملكية والتظهير التأميني من حيث تطبيق قاعدة تطهير الدفوع في حين أن ملكية ما أطلق عليه إصطلاح (الحوالة التجارية) عند تظهيرها على سبيل الرهن لا تنتقل الى المظهر إليه (الدائن المرتهن) كما هو الحال في التظهير الناقل للملكية، مما يترتب على هذه المساواة بينهما تحصين الحامل (المظهر إليه المرتهن) بهذه القاعدة ومنع الملتزمين من التمسك بما لهم من دفوع تجاه الحامل وإن تجاوزت قيمة الحوالة مبلغ الدين المضمون، وأن هذا يشكل زيادة غير عادلة في ضمانات الحامل (الدائن المرتهن) على حساب الملتزمين الآخرين وإجحافاً بحقهم، ويرى الباحث أنه ليس من العدالة أن ينقل التظهير التأميني

من الحقوق الى المظهر إليه أكثر مما يستحقه من ذلك التظهير، كما وتناول الباحث الآثار المترتبة على التظهير الناقل للملكية، والتظهير التأميني، وكيفية رهن الحوالة التجارية والتنفيذ عليها وصولاً الى نطاق تطبيق قاعدة تطهير الدفوع في التظهير التأميني، وأن الأثر المباشر المترتب على عدم وفاء المظهر الراهن هو نشوء حق للمرتهن في التنفيذ على الورقة التجارية في ميعاد إستحقاقها وحق الرجوع على سائر الملتزمين، وعند الرجوع فليس لهؤلاء التمسك تجاه الحامل بما لهم من دفوع شخصية بغض النظر عن مبلغ الدين فيما إذا كان أقل من قيمة الورقة، وسنقوم من خلال دراستنا بتسليط الضوء على موقف القانون والقضاء الأردني من هذه المسألة والتي تعد مسألة خلافية بين الكثير من الفقهاء، والتي بدورنا سنقوم بترجيح الرأي الأسلم فيما إذاك كان التظهير التأميني تطهره الدفوع أم لا.

زهير عباس كريم، مقابل وفاء الورقة التجارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد ١٩٨٦.

تحدث الباحث عن الوقت الذي يجب ان يكون مقابل الوفاء موجوداً لدى المسحوب عليه، ومدى وجود إتفاق صريح أو ضمني بين الساحب والمستفيد وما هي القيمة القانونية لهذا الإتفاق، ومن هو المسؤول عن إيجاد مقابل الوفاء هل هو الساحب أم المسحوب عليه، مما سيؤدي الى فتح باب الرجوع الصرفي أمام حامل الورقة التجارية والأطراف المختلفة من الموقعين على هذه الورقة، ومدى إمكانية رجوع الساحب على المسحوب عليه الذي رفض الوفاء بقيمة السند وإثبات مقابل الوفاء في العلاقة بين الساحب والحامل وصولاً الى إنعدام وجود مقابل الوفاء أو هلاكه بعد إنقضاء ميعاد التقديم أو بعده بفعل منسوب الى الساحب أو غيره، ثم إثبات مقابل الوفاء في العلاقة ما بين الحامل والمسحوب عليه سيما وأن العلاقة بينهما علاقة غير مباشرة فالحامل في الغالب لا يعرف المسحوب عليه، وقد إرتكزت دراسة الباحث على تناول الأحكام المتعلقة بالشيك، كما أنه لم يتعرض لقاعدة تطهير الدفوع.

حسن المصري – نطاق تجرد الإلتزام الصرفي وسقوط حق الحامل المهمل في الرجوع على المظهر في السند الاذني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، السنة الحادي والثلاثون، العدد الاول ١٩٨٩.

توصل البحث الى أن فحوى قاعدة تطهير الدفوع تعني أن تقديم الورقة التجارية للمدين الصرفي دون أن يكون له الحق في اللجوء الى أية ورقة اخرى لنفي أو إنكار الحق الثابت في الورقة التجارية التي في حوزة الحامل أو تعديل حدود هذا الحق وذلك رعاية للحامل وحماية

لحقه الصرفي، كما وتحدث الباحث عن مبدأ استقلال التواقيع وإعتبار قاعدة تطهير الدفوع وتفعيلها تمكيناً لحماية حق الحامل حسن النية وتشجيعاً له على الإقبال على تداول الورقة التجارية وتحقيق وظيفتها كأداة وفاء وأداة ائتمان، وأنه لما كانت هذه القاعدة قد تقررت لحماية حق الحامل حسن النية والذي آلت إليه الورقة التجارية بالتظهير فيكون له القدرة على الركون الى ظاهر الورقة فلا يجوز له التمسك بهذه القاعدة بمناسبة الدفوع التي يبديها المدين الصرفي في مواجهة الحامل الذي تعامل معه كمحرر السند بالنسبة للمستفيد أو المستفيد المُظهر بالنسبة للمظهر إليه المباشر، فإذا كان لايجوز لمحرر السند الاذني التمسك في مواجهة المظهر إليه بالدفوع القائمة على أساس إنعدام العلاقة الأصلية فإنه يجوز للمحرر أن يتمسك بهذه الدفوع في مواجهة المستفيد الأول، كما يجوز للمستفيد الأول إذا ظَهَّر السند التمسك بهذه الدفوع في مواجهة المُظهر إليه المباشر، وسنقوم في هذه الدراسة بالتركيز على هذا الطابع، مع التوسع بفكرة الدفوع الأكثر شيوعاً لتطهيرها من الدفوع من عدم تطهيرها، وما هو المغزى من هذه المِكنَة العملية، وعلى أي فئة تبسط سلطانها.

مصطفى محمد الصمادي- قاعدة تطهير الدفوع في الأوراق التجارية- رسالة ماجستير- مقدمة الى كلية القانون جامعة اليرموك ٢٠٠٩.

تحدث الباحث عن شروط تطبيق هذه القاعدة، ومستلزمات تطبيقها وكيفية إنتقال الورقة التجارية عن طريق التظهير، وخلُصت الدراسة الى أن قاعدة تطهير الدفوع تُعد خروجاً على القواعد العامة في القانون المدني، وأنها لا تطبق إلا بوجود تظهير وأن الحامل سيئ النية لا يستحق الرعاية التي يرتبها مبدأ تطهير الدفوع، وأن المشرع الأردني قام بتقنينها في قانون التجارة الأردني في مادة وحيدة وأن هذا النص لا يكفي لشرحها وأوصى بضرورة التوسع في نطاق الإستثناءات عليها، وأن هذه المادة يشوبها بعض الغُموض فيما يتعلق بإشتراط توافر قصد الإضرار لإعتبار الحامل سيء النية.

إلا ان هذه الدراسة لم تتناول مسألة الرجوع الصرفي ومُقتضياتها وصولاً الى الواقع العملي الذي فرض وجودها وأخرجها من بَوتقة العرف الى حيز التقنين، وأن الرجوع الصرفي بأدواته التي أوجدها القانون تسبغ على طبيعة الإلتزام تطبيق قاعدة تطهير الدفوع، والتي تعد بدورها أهم أثر من آثار التظهير الناقل للملكية، كما وأنها تناولت سائر الأوراق التجارية، سيما وأن الاوراق التجارية تمتاز بالإختلاف من حيث الإنشاء وتاريخ الإستحقاق والقَبول فلا قَبول في الشيك والسند الاذني.

المبحث التمهيدي

ماهية الاوراق التجارية

يغلب أن تكون المعاملات بين التجار وغير التجار بالأجل، وهو وضع تفرضه المصلحة المشتركة للمتعاقدين، فالتاجر مثلاً لا يحتفظ في خزانته عادةً بمبالغ نقدية كبيرة يستطيع أن يوفي من خلالها بالتزامته، بل ان كثير من أصوله تتمثل في حقوق لدى الغير، فإذا اشترى تاجر التجزئة بضاعة من تاجر الجُملة فهو لا يقوم بالوفاء الفوري بل يحتاج الى مهلة يستطيع فيها تصريف البضاعة ليدفع دينه لتاجر الجُملة من ثمن بيع هذه البضاعة، ولكن الدائن قد لا يرضى بمنح المدين التاجر أجلاً، إما لأنه لا يثق فيه، وإما لأنه – مع ثقته – يحتاج الى نقود عاجلة يفي بها ديوناً عليه لا تحتمل التأخير كأجور عماله وأجرة محله مثلاً، لذلك لجأ العمل الى أداة تغني عن النقود، تقنع الدائن بقبولها، وتمكنه من الحصول على نقود من غير طريق مدينه، تلك هي الأوراق التجارية[١].

وفي الحقيقة أن اصطلاح الاوراق التجارية لا يقتصر على التجار أو على إثبات الأعمال التجارية، رغم أنها أنشأت في الأصل في الأسواق التجارية لتسهيل إبرام مبادلاتهم التجارية نظراً لما لها من خصائص تتفق وطبيعة النشاط التجاري، فهي تستعمل بمناسبة القيام بأعمال تجارية أو مدنية، لذا فقد شاع استعمال الأوراق التجارية حتى من غير التجار، لما يحققه هذا الاستعمال من مزايا وفوائد[٢].

ولبيان ماهية الأوراق التجارية سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نستعرض في المطلب الأول تعريفها وخصائصها و مكونات إنشائها، ثم نتطرق في المطلب الثاني الى وظائف الأوراق التجارية والأسس التي يقوم عليها قانون الصرف.

---

[١] عوض، علي جمال الدين (١٩٨٢)، **الوجيز في القانون التجاري، العقود التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك: الإفلاس**، القاهرة: دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، ص ٢٢٩.

[٢] العكيلي، عزيز (٢٠١٣)، **الوسيط في شرح القانون التجاري الأوراق التجارية وعمليات البنوك**، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج٢، ط٥، ص٣.

المطلب الأول تعريف الأوراق التجارية وخصائصها:

نظم المشرع الأردني الأوراق التجارية في الباب الثالث من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦، في المواد من ١٢٣ الى ٢٨١، وقد اتخذ من سند السحب أنموذجاً للأوراق التجارية وأساساً لأحكامها، لأنه ينظم جميع العمليات الخاصة بالأوراق التجارية[١]، إلا أن التشريع الأردني لم يقم بتعريف الأوراق التجارية، شأنه شأن التشريعات العربية التي سكتت عن تعريفها، وخيراً فعل، فالتعريف لا يَعدو أن يكون مسألة قانونية، بل يحسن تركه للفقه، ولعل التعريف الشائع في الفقه، هو الذي يشتمل على خصائص الورقة التجارية ووظائفها [٢].

ويمكن تعريف الأوراق التجارية بأنها:

" محرر شكلي بصيغة معينة، يتعهد بمقتضاه شخص، أو يأمرشخصاً آخر بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين، يكون قابلاً للتداول بالتظهير أو المناولة "[٣].

ومن خلال التعريف يمكننا أن نستخلص الخصائص الجوهرية للورقة التجارية والتي يترتب على فقدان أي منها فقدان الورقة صفتها كورقة تجارية وعجزها عن أداء وظيفتها الأساسية وهي قيامها مقام النقود:

أولاً أنها محررات شكلية تتضمن بيانات إلزامية حددها القانون:

أول خصائص الأوراق التجارية هي صدورها في شكل صك أو محرر شكلي، يتضمن بيانات إلزامية معينة حددها القانون، واتخاذ الورقة شكل مادي ملموس ليس مجرد شرط لإثبات الإلتزام فيها فحسب، وإنماهو شرط لوجوده[٤] وصحته، ولذلك يقال عن الورقة التجارية أنها تصرف شكلي نظراً لأهمية الشكل في صحة الورقة التجارية، وعلى ذلك إذا اتخذت الورقة التجارية إقرار شفوي من المدين بالإلتزام فيها لا نكون بصدد ورقة تجارية تخضع لأحكام قانون الصرف، والشكلية المطلوبة في الورقة التجارية لا تؤثر على صحة إنشاء الورقة التجارية وأدائها لوظائفها كأداة وفاء وأداة ائتمان فحسب، بل هي وسيلة لتيسير أداء هذه

---

[١] العكيلي عزيز، المرجع السابق، ص ٣.

[٢] بدر، أمين محمد (١٩٥٦)، **الإلتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية**، القاهرة: معهد الدراسات العربية العمالية، ص ١٢، عوض، علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٣١.

[٣] كرم، عبد الواحد (١٩٩٨)، الأوراق التجارية، عمان: دار زهران للنشر، ص ٢١.

[٤] عوض، علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

الوظائف ، فيكفي النظر الى الورقة والتحقق من بياناتها وكفايتها الذاتية للدلالة على الإلتزام الثابت فيها بما له من حدود وأوصاف حتى يتم قبولها وتداولها بسهولة ويسر [١].

ثانياً موضوع الورقة التجارية يمثل مبلغ معين من النقود:

تمثل الورقة التجارية دائماً بالضرورة حقاً موضوعه مبلغاً معيناً من النقود، وإلا خرجت من عداد الأوراق التجارية، فالصكوك التي يمثل موضوعها بضاعة ما، كسند الشحن البحري لا تعتبر ضمن الأوراق التجارية التي يقصدها المشرع، والواقع أن إشتراط تضمن الورقة التجارية حقاً موضوعه مبلغاً نقدياً أمر يتفق وطبيعة هذه الورقة والوظائف التي تؤديها في الحياة العملية وهي القيام بدور النقود في المعاملات دون الحاجة الى استعمال النقود ذاتها[٢]، ويعد إلتزام مصدر الورقة التجارية بأداء مبلغ نقدي شرط ذو صفة أساسية وخاصية جوهرية في الورقة، وذلك لقيامها مقام النقود في الوفاء بالإلتزامات، كما ويشترط أن يكون المبلغ محدداً على وجه الضبط، وأن يكون مبلغاً نقدياً فإذا لم يكن المبلغ واضحاً فقدت الورقة التجارية عنصراً من عناصرها وهو ضرورة تحديد الدين تحديداً واضحاً[٣].

ثالثاً قابلية الورقة التجارية للتداول بالطرق التجارية:

ومعنى ذلك أن الورقة التجارية قابلة للتداول بالتظهير أو المناولة دون اتباع إجراءات حوالة الحق وفقاً لأحكام القانون المدني، ويتم الإلتزام بالورقة التجارية بمجرد التوقيع عليها، ويكتسب الحامل حقاً مباشراً قبل المدين وجميع الضامنين الآخرين الموقعين عليها، وهذا الحق مستمد من الورقة التجارية ذاتها وليس من علاقة الحامل بمن نقلها عنه، كما أن الحامل لا يخضع للدفوع الشخصية بين المدين وبين من نقل اليه الورقة التجارية[٤]، ويعد التظهير من أبسط طرق تداول الورقة التجارية وأهمها، والذي ينتقل به الحق الثابت في الورقة التجارية إذا كانت أذنية أي لأمر شخص معين، وللتظهير ميزة مزدوجة تتضمن السهولة والسرعة من ناحية (بمجرد التوقيع على الورقة التجارية)، ومن ناحية أخرى توفير الحماية للحامل وبث الثقة والطمأنينة فيه حيث تنتقل الورقة من يد إلى أخرى مطهرة من أي عيب أو دفع محتمل فيها، أما

---

[١] قايد، محمد بهجت عبد الله (٢٠٠٦)، **الأوراق التجارية**، القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ص ٨- ٩.
[٢] القليوبي، سميحة (٢٠٠٦) **الأوراق التجارية**، القاهرة: دار النهضة العربية، ط٥، ص ١٣.
[٣] عبيد، رضا، (١٩٨١)، **القانون التجاري**، القاهرة: شركة الطوبجي للطباعة والنشر، ص ١٩٩.
[٤] كرم، عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢١.

إذا كانت الورقة التجارية لحاملها فإن تداولها يتم بالتسليم (المناولة اليدوية)، مما من شأنه أيضاً أن يحقق السرعة والحماية المطلوبة في المعاملات التجارية[١].

رابعاً أن العرف التجاري يجري على قبولها كأداة وفاء:

ليس معنى اجتماع سائر الخصائص السابقة في صك ما صيرورته حتماً ورقة تجارية، فهذه الخصائص وإن كانت لازمة، فهي غير كافية، وبتعبير آخر يجب حتى تستكمل الورقة مقوماتها وأن يجري العرف على قبولها كأداة وفاء في التعامل، وهذا أمر بديهي، فطبيعة المعاملات التجارية وحاجتها المستمرة للإئتمان هي التي فرضت وجود الأوراق التجارية كأداة تغني عن استعمال النقود، لذا فمن الطبيعي ألا تعد ورقة تجارية سوى تلك التي تحوز ثقتهم جميعاً ويطمئنون اليها على نحو يجعلهم يقبلونها فيما بينهم دون تردد[٢].

ويعد التعامل بالأوراق التجارية بديلاً عن النقود الورقية أو المعدنية في تسوية المعاملات التجارية، فإذا باع التاجر سلعة أو قدم خدمة يقبل استيفاء حقه النقدي- الثمن أو الأجرة أو العمولة – بواسطة ورقة تجارية بدلاً من قبض عدد من وحدات العملة، لذلك تعد الأوراق التجارية أداة وفاء، وقد تمثل أيضاً أداة ائتمان إذا لم يكن الحق الثابت فيها مستحق الأداء بمجرد الإطلاع[٣]، وعلى ذلك لاتعد قسائم أرباح الأسهم أو قسائم فوائد السندات أوراقاً تجارية على الرغم من أنها تتضمن خصائص الورقة التجارية، إذ لم يجر العرف على استعمالها أداةً للوفاء بالديون، وعلى هذا الأساس فإن صك رهن البضاعة المودعة في المخزن قد جرى العرف في فرنسا وفي لبنان على اعتباره من قبيل الأوراق التجارية، وبالتالي قبوله أداةً للوفاء بدلاً من النقود[٤].

وعند توافر الخصائص السابقة في الصك كنا بصدد ورقة تجارية ولذلك فالأسناد التجارية لا تقع تحت حصرلها، إلا أن المشرع الأردني نص في المادة (١٢٣) من قانون التجارة على أن: " الاوراق التجارية هي أسناد قابلة للتداول بمقتضى أحكام هذا القانون " وتشتمل على:

سند السحب- سند الأمر- الشيك- السند لحامله.

---

[١] الفقي، محمد السيد (٢٠٠٣)، **القانون التجاري- الأوراق اللتجارية- الإفلاس- العقود التجارية- عمليات البنوك**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٢.
[٢] الفقي، محمد السيد، المرجع السابق، ص ١٦.
[٣] دويدار، هاني (١٩٩٧)، **النظام القانوني للتجارة- العقود التجارية- العمليات المصرفية- الأسناد التجارية- الإفلاس**، بيروت: المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، ط١، ص ٤٣٨- ٤٣٩.
[٤] العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٩.

المطلب الثاني وظائف الورقة التجارية والأسس التي يقوم عليها قانون الصرف

الفرع الأول وظائف الورقة التجارية:

تؤدي الورقة التجارية وظائف اقتصادية كبيرة الأهمية من الناحية العملية خاصة في مجال التجارة وبين التجار، فعلاوة على وظيفتها التقليدية بوصفها وسيلة لتنفيذ عقد الصرف، فهي أداة وفاء في المعاملات شأنها في ذلك شأن النقود، كما أنها تعد أداة ائتمان إذا ما تضمنت إجلاً للوفاء بقيمتها، وتؤدي الكمبيالة جميع هذه الوظائف، وتشترك في وظيفتي الوفاء والإئتمان، أما الشيك فيؤدي وظيفة واحدة فقط حيث أنه دائماً مستحق الأداء بمجرد الإطلاع ولو تضمن بصلبه تاريخاً آخر للوفاء، [1] ومن هنا يمكن القول بأن الورقة التجارية تؤدي ثلاثة وظائف هي:

١- الورقة التجارية أداة للوفاء:

تعد وظيفة الأوراق التجارية كأداة وفاء تقوم مقام النقود في المعاملات من أهم الوظائف الاقتصادية التي تؤديها هذه الأوراق، وقد مكنها من القيام بهذه الوظيفة الخصائص التي تمتاز بها بوصفها تتظمن التزاماً بدفعي مبلغ معين من النقود في تاريخ معين، وقابليتها للتداول بالطرق التجارية، اذ يستطيع حاملها الشرعي وفاء دينه قبل دائنه بتظهير الورقه اليه، وبذلك ينقل المظهر الحق الثابت في الورقه وهو دفع مبلغ معين من النقود الى دائنه المظهر اليه وفاءً لدينه[2].

٢- الورقة التجارية أداة ائتمان:

يمثل الأجل في المعاملات التجارية أهميتة كبيرة، فالتجارة عموماً تقوم على السرعة والائتمان في المعاملات، وتعتبر الأوراق التجارية المتضمنة أجلاً للوفاء من دعائم تسهيل المعاملات، فتاجر الجملة يحتاج الى مهلة للوفاء بقيمة البضائع التي تورد إليه، وقد يحتاج المستفيد من الكمبيالة أجلاً لدفع المبلغ المعين بالورقة التجارية قبل ميعاد الإستحقاق، فيلجأ الى

---

[1] القليوبي، سميحة، المرجع السابق، ص ٢٣.
[2] العكيلي،عزيز، المرجع السابق، ص ١٤.

تظهيرها الى مستفيد جديد[1]، وبإمكان كل حاملاً للورقة تكرار عملية التظهير وصولاً الى الحامل الأخير[2].

٣- الورقة التجارية أداة لتنفيذ عقد الصرف:

وموضوع عقد الصرف تغير النقود المستعملة في مكان بالنقود المستعملة في مكان آخر، فهو العقد الذي تبرمه في اسفارك ورحلاتك، غير أن هذا النوع من الصرف على بساطته يتضمن مخاطر نقل النقود، اذ يتعين عليك أن تحمل نقودك خلال السفر فتكون عرضةً للضياع او السرقة[3]، ولتنفيذ عقد الصرف صورتان، الصورة الأولى صرف محلي يحصل بطريق المناولة، كأن يذهب شخص الى بنك في عمان ويطلب منه مبادلة النقد الوطني بنقد أجنبي، والصورة الثانية تسمى بالصرف المسحوب، وصورته أن يذهب شخص الى بنك في عمان ويدفع له مبلغاً معيناً من النقد الوطني ويطلب منه تسليمه هذا المبلغ في دولة أخرى وبما يعادله من عملتها، فيقوم البنك بتسليم عميله سنداً مسحوباً على فرعه أو مراسله في الدولة الأجنبية يأمره فيها أن يدفع لعميله مبلغاً تعادل قيمته المبلغ الذي تسلمه من عمان، وتعد هذه الطريقة أقدم وظيفة لتنفيذ عقد الصرف[4].

الفرع الثاني الأسس التي يقوم عليها قانون الصرف:

يطلق إصطلاح قانون الصرف على القواعد التي تحكم الأوراق التجارية بصفة عامة، كما يطلق إصطلاح الإلتزام الصرفي على الإلتزام الناشيء عن التوقيع على الورقة التجارية، وقد قلنا فيما تقدم أن الورقة التجارية تقوم مقام النقود، ولكي يكون تداولها سهلاً، لابد أن تتوافر فيها الضمانات التي تكفل لكل من يتلقاها حقه في إستيفاء قيمتها في ميعاد الإستحقاق، لهذا أسبغ القانون على الإلتزامات الثابتة صفات خاصة من شأنها أن تحقق هذا الغرض، فالإلتزام الصرفي إلتزام حرفي، مستقل عن غيره من الإلتزامات الثابتة بنفس الورقة، ومجرد عن العلاقات التي كانت سبب نشأته، وهو التزام تجاري تنظمه أحكام فيها قسوة على

---

(١) القليوبي، سميحة، المرجع السابق، ص ٢٩- ٣٠.
(٢) كرم، عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٤.
(٣) شفيق، محسن (١٩٥٤)، **القانون التجاري المصري، الأوراق التجارية**، الإسكندرية: دار المعارف للنشر، ص ١٩ .
(٤) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ١٢- ١٣.

المدين الذي يتخلف عن تنفيذه[١]، وسنقوم بعرض خصائص الإلتزام الصرفي على الوجه التالي:

١- الإلتزام الصرفي التزام حرفي:

والمقصود بذلك أن الإلتزام الصرفي يجب أن ينشأ عن ورقة تتخذ شكلاً معيناً، وهذه الورقة تعد مصدراً للإلتزام الصرفي، لذا يجب أن تتضمن بيانات إلزامية معينة حددها القانون، ويترتب على تخلف هذه البيانات فقدان الورقة صفتها التجارية وتصبح ورقة عادية تخضع للقانون المدني وليس لأحكام قانون الصرف، والشكل المطلوب في الورقة التجارية والذي يتوقف ميلاد الإلتزام الصرفي على وجوده لا يستهدف تعقيد إنشاء الورقة التجارية وإنما يسهل تداولها وأداء وظائفها[٢].

ويترتب على ماتقدم أن الحق يندمج في الصك أو الورقة، حيث أن الحق لا ينتقل إلا بإنتقال حيازة الورقة الى المتصرف اليه، وأن الدائن لا يستطيع المطالبة به إلا متى أثبت حقه وأبرز الورقة، وأن المدين به لا يلزم بالوفاء إلا متى سلمه الدائن الورقة التجارية، وذلك بإستثناء حالات خاصة (كما في حال ضياع أو سرقة الورقة)، وأن مضمون الإلتزام الصرفي يتحدد بالعبارة الدالة عليه في الورقة ذاتها دون الإلتجاء الى عناصر أخرى خارجة عنها[٣]، وهو ما يعرف بمبدأ الكفاية الذاتية والذي يتفرع عن هذه الحرفية، والكفاية الذاتية تعني الإعتماد على الورقة التجارية كلياً في إثبات الإلتزام الثابت فيها دون الإعتماد على أي اتفاقات خارجية، فلا يجوز إثبات الإلتزام الصرفي ولا مداه بأي دليل آخر غير الورقة ذاتها، والقول بغير ذلك معناه فقدان الورقة التجارية كفايتها الذاتية في الدلالة على الإلتزام الثابت فيها[٤].

٢- تجريد الإلتزم الصرفي:

ومعنى ذلك أن الورقة التجارية تستقل بمجرد إنشائها عن العلاقات الأصلية التي حررت من أجلها، وتبعاً لذلك يعتبر الإلتزام الناشيء عن التوقيع صحيحاً أياً كانت العيوب التي يمكن أن تؤثر على العلاقة الأصلية، وتبدو أهمية الطابع المجرد، للإلتزام الصرفي عند تداول الورقة التجارية في أنه يحصن الحامل حسن النية من الدفوع العالقة بالورقة التجارية والمستمدة

---

[١] عوض، علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٥١- ٢٥٢.
[٢] عباس، حسني (١٩٦٧)، **الأوراق التجارية**، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٣٠.
[٣] عوض، علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٥٢.
[٤] قايد، محمد بهجت عبد الله، المرجع السابق، ص ٣١.

مـن العلاقـة الأصـلية التـي حـررت أو ظُهـرت الورقـة بمناسـبتها كـبطلان هـذه العلاقـة أو إنقضائها[١].

وإذا كان بنيان الإلتزام الصرفي كما قلنا سابقاً، التزاماً بدفع مبلغ معين من النقود إلى المستفيد، فمن الطبيعي أن يكون تحرير هذه الورقة لتصفية علاقة سابقة عليها جعلت من المحرر مديناً للمستفيد بمبلغ الورقة، لذا يجب أن يكون الإلتزام الصرفي مجرد عن العلاقات السابقة عليها، فلا يتأثر هذا الإلتزام- كقاعدة – بتلك العوارض التي تطرأ على العلاقات السابقة، إذ تكون الورقة التجارية كافية بذاتها لتقرير وجود الإلتزام بحدوده وأوصافه، فلا بد من الإعتراف بالكيان المستقل للورقة التجارية، إلا أن هذا الأصل لا يعمل به في العلاقة المباشرة بين محرر الورقة التجارية (موقعها)، وبين المستفيد الأول فيها، ومن ثم يملك هذا المحرر أو الموقع أن يتمسك في مواجهة المستفيد الأول بكافة الدفوع الناشئة عن العلاقة الأصلية، فإذا قام المستفيد بتظهير هذه الورقة الى الغير، وكان هذا الغير حسن النية، فهنا يظهر أثر تجريد الإلتزام الصرفي، فلا يستطيع الساحب أن يتمسك في مواجهة من انتقل اليه الحق الثابت في الورقة بالدفوع المستمدة من العلاقة الأصلية، وهذه القاعدة هي ماتعرف بقاعدة تطهير الدفوع،[٢] وهي مدار بحثنا.

٣- قسوة الإلتزام الصرفي:

يعبر عن كل إلتزام ناشيء عن ورقة تجارية تجارياً بالنسبة للمدين به، وتنطبق عليه الأحكام القاسية الخاصة بالإلتزامات التجارية، على أن رغبة المشرع في حماية المتعاملين بالورقة التجارية لم تقف عند حد إعتبار الإلتزام الصرفي إلتزاماً تجارياً، بل أنه عامله معاملة تختلف عن معاملته للإلتزامات التجارية العادية، فهو يقسو على المدين الصرفي في أنه لا يلقي عليه ضمان وجود الحق الصرفي فقط بل ضمان الوفاء به، ويجعله مسؤولاً بالتضامن مع باقي الموقعين على الورقة عن الوفاء في ميعاد الإستحقاق، ويُعرض المدين التاجر للحجز التحفظي على منقولاته إن تخلف عن الوفاء[٣]، ويختلف التضامن الصرفي عن تضامن القواعد العامة في أنه يجمع بين الموقعين على الورقة التجارية أياً كانت صفتهم، وبصرف النظر عن اختلاف الأسباب التي أدت بهم الى وضع توقيعاتهم عليها، كما أن المدين محروم من نظرة الميسرة التي يجوز منحها طبقاً للقواعد العامة، إذ ليس له أي حق في الحصول على مهلة قضائية للوفاء

---

[١] الفقي، محمد السيد، المرجع السابق، ص ٢٨.

[٢] هاشم، محمود محمد (١٩٨٨)، **الأوراق التجارية والتقاضي في منازعاتها في النظام السعودي**، القاهرة: مطبعة قاصد كريم، ص ١٥.

[٣] عوض، علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٢٥٤.

بسبب ما تتميز به الأوراق التجارية من سرعة في تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنها، فإذا تقاعس المدين عن الوفاء بقيمة الورقة التجارية عن ميعاد استحقاقها وجب على الدائن إثبات ذلك عن طريق تحرير ورقة رسمية هي ورقة الإحتجاج، والتي بدورها تسبب إضراراً بالغاً بسمعة التاجر وائتمانه وتمهد لطلب شهر إفلاسه[١].

٤- استقلال التوقيعات و مبدأ تطهير الدفوع:

من أهم الأسس التي تقوم عليها الورقة التجارية وأكثرها خروجاً على القواعد العامة هو الأساس الذي يرتكز على مبدأين كبيرين من مباديء قانون الصرف يكمل أحدهما الآخر وهما، مبدأ استقلال التوقيعات، ومبدأ تطهير الدفوع، ذلك أن مقتضى القواعد العامة هو أن الدائن الذي يحيل حقه الى شخص آخر إنما يحيله بما يلحقه من عيوب ودفوع، وما يشوبه من أسباب الفسخ أو الإنقضاء أو البطلان، وهو لم يكن يملك الحق الذي أحاله إلا مشوباً بهذه العيوب، فلو طبقنا هذا المبدأعلى الورقة التجارية لكان من الممكن مواجهة الحامل بالدفوع الناشئة ليس فقط عن العلاقة بينه وبين من ظهرها اليه، وإنما أيضاً بالدفوع الناشئة عن سائر العلاقات السابقة، ويترتب على ذلك أنه كلما انتقلت الورقة كلما زاد ما يتعرض له الحامل من أسباب الإنقضاء أو البطلان بما تقتضيه العلاقة الجديدة من عيوب العلاقة السابقة، وهو أمر لا شك أنه يحول دون تداول الورقة التجارية[٢]، ويقصد باستقلال التوقيعات أن كل توقيع على الورقة التجارية ينشأعنه تصرفاً قانونياً مستقلاً، فالإلتزام الصرفي الذي ينشأ في ذمة كل موقع على الورقة يعتبر مستقلاً عن الإلتزامات الأخرى للموقعين عليها، فمثلاً لو أن ساحب الكمبيالة كان إلتزامه باطلاً بسبب من أسباب البطلان، فإن ذلك لا يؤثر على التزامات غيره من الموقعين عليها سواء كمظهرين أو كضامنين إحتياطيين، والذين تبقى إلتزاماتهم صحيحة في مواجهة الحامل حسن النية[٣]، ولعل السبب في وجود مبدأ استقلال التوقيعات هو عجز مبدأ تطهير الدفوع من حماية الحامل حسن النية ليضيّق من هذا العجز ويحد من مضاره بالمدين، فإذا كان تظهير أحد الموقعين باطلاً يتدخل مبدأ استقلال التوقيعات ليحد من نطاق هذا البطلان، ويصحح تصرف الدائن، إلا أن هذا الخروج على القواعد العامة خروج مركب مزدوج، فالمبدآن يتضافران على حماية الحامل بعثاً للثقة وتسهيلاً لتداول الورقة التجارية[٤].

[١] الفقي، محمد السيد، المرجع السابق، ص ٢٨- ٢٩.

[٢] طه، مصطفى كمال و البارودي، علي (٢٠٠١)، **القانون التجاري، الأوراق التجارية- الإفلاس- العقود التجارية- عمليات البنوك**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٢٤.

[٣] قايد، محمد بهجت عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٢.

[٤] طه، مصطفى كمال و البارودي، علي، المرجع السابق، ص ٢٤- ٢٥.

الفصل الاول

شروط تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع في الورقة التجارية

تقتضي هذه القاعدة أن الحامل اذا طالب المدين بالكمبيالة في ميعاد الاستحقاق فلا يجوز الاحتجاج عليه بالدفوع او أوجه الدفاع التي كان في مقدور المدين الاحتجاج بها في واجهةالمستفيد أو أحد حملة الكمبيالة السابقين بسبب العلاقات الشخصية بين هذا المدين وهؤلاءالآخرين، ويعبر عن هذه القاعدة أحياناً بأن التظهير يطهر الكمبيالة من الدفوع [1].

وقد دأب الكثير من الفقهاء وشراح القانون الى ايجاد تعريفاً قانونياً جامعاً مانعاً لمفردات هذه القاعدة إلا انه لم يتيسر لهم ذلك، كما وان أغلب شراع القانون لم يقوموا بصياغتها، إما بسبب تداخلها مع حوالة الحق في القانون المدني والتي بدورها أجلَت معالم الطرق المتبعة لانتقال الحقوق بين الملتزمين[2]، وإما بسبب مرده الى اعتبارات عملية تقتضي بتسيير تداول الكمبيالة وعدم مفاجأة الحامل في ميعاد الاستحقاق بأن يُحتج عليه بالبطلان او الفسخ او انقضاء الالتزام وبهذه القاعدة دون سواها سيقبل الناس على تداول الكمبيالة.

لذا سنقوم بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين، في المبحث الاول سنتناول الشروط المتعلقة بطبيعة التظهير والذي قسم الى مطلبين المطلب الاول بيان طبيعة التظهير كشرط لتطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع، والمطلب الثاني أثر حوالة الحق في تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه الشروط المتعلقة بشخص الحامل للورقة التجارية، وقد قسم الى مطلبين المطلب الاول طبيعة علاقة الحامل بالمظهر الاخير للورقة التجارية، والمطلب الثاني حسن النية كشرط لتطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع.

---

[1] صالح بيك، محمد (١٩٥٠)، **الاوراق التجارية- الكمبيالة- والسند الاذني- والشيك**، القاهرة، مطبعة جامعة فؤاد الاول ص ١٤١.

[2] البسام، احمد ابراهيم (١٩٩٦)، **قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية**،بغداد: مطبعة العاني، ص ٤.

المبحث الاول

الشروط المتعلقة بطبيعة التظهير

قد تكون الكمبيالة أذنية كما وقد تكون للحامل فقط، ويظهر الفرق بين الصورتين في طريقة التداول ، فعندما تكون اذنية فيتم التداول بالتسليم او المناولة، اما عندما تكون للحامل فيتم تداولها عن طريق عملية قانونية يطلق عليها الفقه اصطلاح التظهير[١]، والتظهير هو عبارة تكتب على ظهر الورقة التجارية تفيد تصرف المستفيد في الحق الثابت فيها بالتنازل عنه او رهنه او توكيل الغير في تحصيله، وهذا الاسلوب لايجوز الا اذا تضمن السند شرط الاذن او الامر، فإن حصل على ورقة ليس فيها هذا الشرط فلا يرتب الاثر المطلوب منه، وان امكن أن يعتبر حوالة مدنية، ومتى تضمن السند شرط الامر جاز تظهيره من كل حامل له، ومع ذلك قد يرد في احد التظهيرات شرط يمنع المظهر اليه من اعادة تظهير السند ، فما قيمة هذا الشرط؟ وهل يعتد به من الناحية القانونية؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة الا أن الرأي الراجح ان هدف الشرط هو قصر مسؤولية المظهر الذي وضع الشرط – عن وفاء قيمة الورقة – أمام المظهر اليه وحده دون اي شخص آخر ينتقل اليه السند، بمعنى انه يجوز للمظهر اليه – رغم الشرط- أن يظهر السند الى غيره ويظهر هذا الغير الى من بعده وهكذا، ولكن لايجوز لأي حامل ان يرجع على المظهر الذي وضع الشرط، وفي الحقيقة ان وضع الشرط من قبل المحرر بمنع تظهيرها يفقدها شرط القابلية للتظهير وهو شرط جوهري يخرجها من دائرة الاوراق التجارية اطلاقاً[٢].

والتظهير هو الطريقة الوحيدة لتداول الكمبيالة[٣]، والسبب في ذلك ان الكمبيالة لحاملها قد الغيت نظرياً لضعف الضمان والخطر الذي يتعرض له الحامل كضياع او سرقة السند[٤]فإن

---

[١] عبيد، رضا، (١٩٨١)، **القانون التجاري**، القاهرة: شركة الطوبجي للطباعة والنشر، ص ٢٣١.

[٢] عوض، علي جمال الدين، المرجع السابق، فقرة ٢٩٦، ص ٢٧٢.

[٣] ابو الروس،احمد محمد،(ب.ت)،**الموسوعة التجارية الحديثة**، الدار الجامعية: ٨٤ شارع زكريا غنيم. تانيس سابقاً، ص ٢٥٧.

[٤] العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٧٨.

الطريق الطبيعي لتداول الكمبيالة هو التظهير[1]،وقد أشارت المادة (١٤١) من قانون التجارة الاردني الى طريقة انتقال الحق الثابت في الورقة التجارية عن طريق التظهير بقولها:

"١ – سند السحب قابل التداول بطريق التظهير ولو لم يذكر فيه صراحةً كلمة (لأمر) .

٢ – وسند السحب الذي يدون فيه صاحبه عبارة (ليس لأمر) أو أية عبارة أخرى مماثلة يخضع تداوله لأحكام حوالة الحق المقرر في القانون المدني دون غيرها ".

وأن الأحكام المتعلقة بسند السحب تطبق على السند لأمر وفقاً للمادة (٢٢٤) بقولها أن:" الأحكام المتعلقة بسند السحب فيما يختص بتظهيره واستحقاقه ووفائه والرجوع بسبب عدم الوفاء والاحتجاج والوفاء بالواسطة والصور والتحريف والتقادم وأيام العطل الرسمية وحساب المهل والمواعيد وحظر منح المواعيد القضائية والقانونية والحجز الاحتياطي تتبع جميعاً في السند لأمر ذلك كله بالقدر الذي لا تتعارض مع ماهيته ".

لذلك سنقوم في المطلب الأول بالتعرف على التظهير وأنواعه فلا بد من تواجد شروط وضوابط معينة لصحة التظهير، وما الذي ينقله الحق الثابت في الكمبيالة، ومدى إنطباق هذه الأنواع على قاعدة تطهير الدفوع، وهل يصح تطهير الدفوع دون تظهير.

---

[1] الفقي، محمد السيد، المرجع السابق، ص ٨٧.

المطلب الاول

بيان طبيعة التظهير شرط لتطبيق قاعدة تطهير الدفوع

ينشأ السند لأمر بين شخصين هما، المحرر وهو المدين بالسند، والمستفيد وهو الدائن فيه وقد يحتفظ المستفيد بالسند حتى حلول ميعاد الاستحقاق، فيكون حامله الوحيد، وقد لا يحتفظ به فيطلقه في التداول بأن يتنازل عن الحق الثابت فيه للغير، ويقع هذا التنازل في ظروف عديدة، فقد يحتاج المستفيد الى نقود فيتنازل عن السند مقابل قبض قيمته[١]، ولا يتم هذا التنازل الا عن طريق التظهير، فما هي أنواع التظهير وهل يمكن ان تتوائم جميعها مع قاعدة تطهير الدفوع ام لا؟

الفرع الاول التظهير التوكيلي:

وهو التظهير الذي يقصد به توكيل المظهر اليه في تحصيل قيمة الكمبيالة عند الاستحقاق[٢]، اي انه يهدف الى توكيل الغير في تحصيل الحق الثابت بالورقة، ولهذا التظهير صور عدة أبسطها واكملها ما يتضمن كافة بيانات التظهير الكامل الناقل للملكية مع كتابة عبارة تفيد أنه لتوكيل المظهر اليه في قبض قيمة الورقة وليس لنقل ملكية الحق الثابت اليه، ويسمى التظهير التوكيلي الصريح[٣]، ويقصد بالتظهير التوكيلي الصريح بأنه تصرف يقوم به حامل الكمبيالة بتفويض المظهر اليه في تحصيل قيمة الحق الثابت في الكمبيالة، ويترتب على ذلك توكيل المظهر اليه في قبض القيمة دون نقل ملكية الحق الثابت فيها[٤]، كما يمكن ان يكون التظهير التوكيلي مفترضاً او ضمنياً، وهو التظهير الذي يستند الى قرائن يفترض القانون او القضاء فيها اتجاه النية الى التوكيل[٥]، وحتى لا نسهب في الموضوع نطرح التساؤل التالي وهو مدار بحثنا:

هل يرتب التظهير التوكيلي أثراً في قاعدة تطهير الدفوع؟ وما مدى إعمال تطبيقها عليه؟

---

[١] شفيق، محسن،(١٩٥٥)، **الوسيط في القانون التجاري المصري**، الاسكندرية: مطبعة اتحاد الجامعات، ط١، ج٢، ص٢٧١.

[٢] طه، مصطفى كمال (٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٧٩.

[٣] عبيد، رضا، المرجع السابق ص ٢٤٢.

[٤] شفيق، محسن، **الوسيط في القانون التجاري المصري**، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

[٥] عبيد رضا، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

تنطبق على العلاقة بين المظهر والمظهر اليه في التظهير التوكيلي علاقة وكالة عادية[1]، وبالتالي لا مجال لإعمال قاعدة تطهير الدفوع على التظهير الوكيلي، وانما تعمل في إطار محدود، وعلى ذلك يترتب على التظهير التوكيلي إمكان أي من المدينين او الضامنين في الكمبيالة من مواجهة المظهر اليه بكافة الدفوع التي يمكنهم ابداؤها في مواجهة المظهر، ويرجع ذلك الى ان موضوع التصرف ليس نقل ملكية الحق الثابت في الكمبيالة وانما مجرد تفويض المظهر اليه في قبض قيمة الحق مع احتفاظ المظهر بملكيته له، ومقتضى ذلك ان تظل علاقة المظهر بكافة الموقعين على الكمبيالة ثابتة بغض النظر عن التوكيل الذي تم لتحصيل قيمة الحق، فيملك كل مدين في الكمبيالة دفوعه في مواجهة المظهر، مع ملاحظة أن هذه الدفوع تبدى في مواجهة المظهر اليه وان كان ينصرف أثرها الى المظهر، هذا من جهة ومن جهة اخرى، لا يترتب على التظهير التوكيلي تأسيساً على قاعدة تطهير الدفوع امكان اي من المدينين او الضامنين في الكمبيالة التمسك في مواجهة المظهر اليه بأية دفوع ناشئة عن علاقته به، ومقتضى ذلك انه لايجوز للمدين بالكمبيالة دفع مطالبة المظهر اليه بوجود علاقة دائنية بينه وبين المظهر[2].

علاوة على أن المظهر (الموكل) يستطيع انهاء وكالة (الوكيل) المظهر له في أي وقت، وفي قرار لمحكمة التمييز الاردنية، قضت بقولها:

" على ان للمظهر تظهيراً توكيلياً ان ينهي وكالة المظهر له في اي وقت، حتى بعد حلول أجل الاستحقاق، ما دام المظهر لم يحصل على قيمة السند من المدين به، وعلى المظهر له عندئذ ان يعيد السند الى المظهر، فإذا امتنع عن ذلك يكون غاصباً ويلزم بالضمان اذا تحقق الضرر بالمظهر "[3].

الفرع الثاني التظهير التأميني:

وهو التظهير الذي يلجأ من خلاله حامل الكمبيالة الى الاقتراض على قيمتها ويقوم في مقابل ذلك بتقديم الكمبيالة ضماناً لسداد قيمة القرض الذي حصل عليه، وبالتالي فهو رهن الحق الثابت في الكمبيالة ضماناً لدين للمظهر اليه في ذمة المظهر[4]، والتظهير التأميني نادر الوقوع في الحياة العملية، لأن المستفيد يستطيع خصم السند لدى البنك اذا احتاج مبلغه بدلا من رهنه

---

[1] طه، مصطفى كمال و البارودي، علي، المرجع السابق، ص ١٠٧.
[2] عبيد رضا، المرجع السابق، ص ٢٤٤-٢٤٥.
[3] تمييز حقوق، رقم ٨٨/١٠٨٧، موقع عدالة.
[4] عبيد، رضا، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

عن طريق التظهير التأميني، رغم أن بعض الفقهاء يرى أن هذا النوع من التظهير يعود بالنفع المحقق على التعامل التجاري عن طريق الحصول على القروض المضمونة بسهولة ويسر، ويتم اللجوء اليه عادة حينما تكون الورقة التجارية ذات قيمة كبيرة تزيد على قيمة القرض المطلوب ولكن موعد استحقاقها بعيد يصعب انتظاره[١].

ما يهمنا في هذا الصدد إمكانية بسط قاعدة تطهير الدفوع الى المظهر اليه تأميناً على أساس مصلحة المظهر، والحقيقة أن هذه المسألة مسألة خلافية بين الفقهاء، وسبب الخلاف الفقهي هو ان تطهير الدفوع في التظهير التأميني لا يقع على كافة أطراف الورقة التجارية، فيما يرى البعض[٢]، أن المظهر اليه على سبيل الرهن ذو مصلحة مستقلة عن مصلحة المظهر الراهن، ولكن فقط في حدود دينه الذي تضمنته الورقة، فإذا كان مبلغ الورقة يزيد عن مقدار الدين الموثق برهن، فلا مجال لتطبيق هذه القاعدة على ما زاد عن مقدار هذا الدين، لأن المظهر اليه المرتهن إنما يعمل بالنسبة للمبلغ الزائد لحساب المظهر لا لحسابه هو[٣].

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز بأنه:

" التظهير التاميني كالتظهير الناقل للملكية يطهر الدفوع ولا يحق للمدين ان يدفع دعوى المظهر له بالدفوع الناشئة عن علاقته بالمظهر او غيره من المتضامنين ما لم يكن قد حصل على الكمبيالات بقصد الاضرار بالمدين عملا بالمادة (١٤٩/ ٣) من قانون التجارة وعليه فلا يقبل الدفع بان الكمبيالات كانت موضوعة على سبيل الامانة لدى المدعى عليه الثالث، ولا يجوز تحليف حامل الكمبيالات اليمين اذا كانت الدفوع المطلوب توجيه اليمين لاثباتها لا تتعلق بشخص الحامل "[٤].

ويرى الباحث أن جواز تطهير الدفوع في التظهير التأميني ينسجم مع قاعدة تطهير الدفوع بشرط، أن يكون مبلغ الدين مساوياً لقيمة الرهن، فإذا كان المبلغ أقل من قيمة الرهن فإن ذلك يعد تظهيراً جزئياً يُعد باطلاً كما أسلفنا، أما إذا زاد المبلغ عن قيمة الرهن فلا يحق له كما أسلفنا التمسك إلا بامبلغ الزائد عن قيمة الرهن.

---

[١] سامي، فوزي محمد، وفائق محمود الشماع (١٩٨٨)، **القانون التجاري، الأوراق التجارية**، صفحة ١٧٣، نقلاً عن عزيز العكيلي ص ١٠٠.
[٢] منجون وكاري، ٢٤٢، ليسكو وروبلو، ٣٥٣، سترانش، تحت المادة (١٩)، ملاحظة (٨)، ياكوبي،ص ٦٤١ وما بعدها، فريدل،ص١٧٩،نقلاً عن احمد البسام ص١٦١.
[٣] البسام، احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٣- ١٤.
[٤] قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم ١٩٩١/١٠٨ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩١/٧/٣، مركز عدالة.

الفرع الثالث التظهير الناقل للملكية:

يطلق الفقه على التظهير الناقل للملكية اصطلاح التظهير التام[١]، والتظهير التام هو تصرف قانوني ينقل ملكية الحق الثابت في السند من المظهر الى المظهر اليه[٢]، وهو التظهير الاكثر ذيوعاً في العمل من التظهير التوكيلي والتأميني، ويتطلب هذا التظهير لصحته شروطاً موضوعية واخرى شكلية[٣]، وسنتعرض لهذه الشروط بإيجاز:

أولاً الشروط الموضوعية:

يرتب التظهير في ذمة المظهر التزاماً بضمان قبول السند والوفاء بقيمته في ميعاد الاستحقاق، وهذا الالتزام لا يكون صحيحاً إلا إذا توافرت فيه الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الالتزام بشكل عام، وهي الرضا الصادر عن ذي أهلية، والمحل والسبب، ويعد التظهير أنشاء جديد للسند، فكأن المظهر يعيد تحرير السند لأمر المظهر اليه، وكما يلتزم الساحب قبل المستفيد الاول والحملة اللاحقين له بضمان قبول السند والوفاء بقيمته في ميعاد الاستحقاق، كذلك يضمن المظهر الوفاء والقبول لكل الحملة اللاحقين له[٤]، ولم يجد المشرع في قانون التجارة ما يدعو لبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الالتزام الصرفي اكتفاء بأنها الشروط اللازمة لانعقاد التصرفات القانونية طبقاً للقواعد العامة، يضاف الى ذلك شرطان نص عليهما القانون التجاري الاردني، وهما:

١- أن يرد التظهير على كامل قيمة السند، وبمفهوم المخالفة فإن التظهير الجزئي الذي يقع على جزء من قيمة السند يقع باطلاً، والسبب في ذلك ان التظهير يقتضي بالضرورة تسليم السند الى المظهر اليه ليتمكن من تقديمه للمدين للمطالبة بقيمته، إذ لا يرضى هذا الاخير بالوفاء بقيمة السند إلا إذا استرده من الدائن، في حين أن التظهير الجزئي يحول دون ذلك، لأن المظهر يتخلى عن حيازة السند ولا يزال دائناً بجزء من قيمته، كما أن ذلك يعيق تداول السند لأن المظهر اليه لا يستطيع إعادة تظهيره وقد نص المشرع الاردني في الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ على أن التظهير الجزئي باطلاً.

---

[١] عبيد، رضا، المرجع السابق، ص ٢٣٢.
[٢] العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٧٩.
[٣] طه، مصطفى، كمال، المرجع السابق، صفحة٦٠.
[٤] شفيق، محسن،(١٩٧٢)، **القانون التجاري الكويتي**، صفحة ١٥٨، نقلاً عن العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٨٠.

٢- أن يكون التظهير باتاً وغير معلق على شرط، حتى لا يكون التزام المظهر وهو من الضمانات التي يعتمد عليها الحامل معلقاً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، فيصبح تداول الكمبيالة متعذراً وتتعطل عن القيام بوظيفتها كأداة وفاء وأداة ائتمان، على أن التظهير الشرطي لا يقع باطلاً وانما يبطل الشرط فقط ويصح التظهير[١]، وقد نصت الفقرة الاولى من المادة ١٤٢ على انه " مع عدم الإخلال بحكم المادة (١٥٤) يجب أن يكون التظهير خالياً من كل شرط وكل شرط معلق عليه التظهير يعتبر كأن لم يكن "[٢].

ثانياً الشروط الشكلية:

نصت المادة ١٤٣ من قانون التجارة الاردني على انه:

١. يكتب التظهير على سند السحب ذاته أو على ورقة أخرى متصلة به.

٢. ويجب أن يوقع عليه المظهر.

٣. ويجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المظهر له وأن يقتصر على توقيع المظهر (على بياض) وفي الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحاً إلا إذا كتب على ظهر السند أو على الورقة المتصلة به.

يتضح من نص هذه المادة الشروط الشكلية اللازمة لصحة التظهير، وهي ان يكتب التظهير على السند نفسه او على ورقة أخرى متصلة به ويوقع المظهر[٣]، والكتابة بالمفهوم القانوني هي ثبوت الاثر على دعامة تقبل الثبوت، ويلزم في التظهير ان يكون مكتوباً وأن ترد هذه الكتابة على الكمبيالة ذاتها او على الورقة المتصلة بها بحيث يتحدد من مجرد الاطلاع عليها مفهوم الالتزام الصرفي الثابت فيها، وذلك تطبيقاً لمبدأ الكفاية الذاتية[٤]، ولا يشترط - بحسب المادة- في التظهير ان يكتب على ظهر الكمبيالة كما تجري بذلك العادة، بل يجوز ان يرد على وجهها[٥]، كما ولا يكفي لصحة التظهير بان يقع كتابة، وانما لا بد ان يتضمن توقيع المظهر، اذ يعبر المظهر بهذا التوقيع عن ارادته في نقل الحق الثابت في الكمبيالة الى المظهر اليه وضمان الوفاء به في ميعاد الاستحقاق، فالتوقيع هو البيان الوحيد الذي اشترطه المشرع

---

[١] طه، مصطفى، كمال، المرجع السابق، ص ٦٢.

[٢] العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٨٠.

[٣] العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٨١.

[٤] الفقي، محمد السيد، المرجع السابق، ص ٩٢.

[٥] طه ، مصطفى كمال، المرجع السابق، ص٦٣.

الاردني لصحة التظهير، ويجوز ان يقع التوقيع بالامضاء او الختم او بصمة الاصابع، وفي هذه الحالة الاخيرة يتعين ان يشهد شاهدان على صاحب الختم او البصمة بأنه وقع أمامهما عالماً بما وقع عليه، وان تعدد المستفيدون في الكمبيالة وارادوا تظهيره الى الغير وجب توقيعهم جميعاً، فإذا وقع بعضهم دون بعضهم الاخر فلا يترتب على ذلك نقل ملكية الحق الثابت في الكمبيالة ولا نقل ملكية الجزء الذي يملكه الموقعون لأن ذلك يعتبر بمثابة تظهير جزئي وقلنا ان التظهير الجزئي يقع باطلاً كما تقدم(١).

يتضح مما سبق بأن التظهير الناقل للملكية هو أكثر انواع التظهير آنفة الذكر انسجاماً مع قاعدة تطهير الدفوع، والسبب في ذلك انه لا يصح تفعيل هذه القاعدة دون وجود تظهير، وان قاعدة تطهير الدفوع هي من أهم الآثار التي تنبثق عن التظهير الناقل للملكية دون الدخول في جدلية التظهير التأميني وإمكانية تطبيقها أم لا، ما يهمنا في هذا الصدد ان هذه القاعدة تطبق بمفهومها الدقيق على التظهير الناقل للملكية بسبب تملك المظهر اليه او الحامل للسند وتوغلها في مبدأ الرجوع الصرفي، وخروجها كما اسلفنا عن حوالة الحق في القانون المدني، لذا سنقوم في المطلب الثاني بدراسة أثر انتقال الحق (حوالة الحق) على تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع.

---

(١) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٨١-٨٢.

المطلب الثاني

أثر حوالة الحق في تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع

لم يكن لهذه القاعدة أساس في التشريعات منذ القدم ولكن الواقع العملي فرض وجودها نظراً للأهمية البالغة واعتبارها عماد أحكام قانون الصرف، ولعل الشارع الفرنسي لاحظ ثبوت العرف واستقراره عليها بصورة لاتحتمل الشك او الجدل، فلم ير محلاً للنص عليها، الا ان الفقه والقضاء لم يترددو في الاخذ بها واحترامها حتى أصبحت من الاعراف التجارية الملزمة بسبب قيامها على اعتبارات عملية بحته، لذلك حاول الفقهاء تبريرها من الوجهة النظرية واقامتها على أساس قانوني، واقتضى الامر منهم البحث في تفسير الالتزام الصرفي بوجه عام، وذهبوا في ذلك الى مدارس شتى واستعانوا بنظريات مختلفة كنظرية حوالة الحق، والوكالة، والاشتراط لمصلحة الغير، والمسؤولية التقصيرية، والتصرف القانوني المجرد، الا ان جميع هذه المحاولات قد باءت بالفشل، وكان تفسير قاعدة تطهير هو العقبة الكؤود التي تحطمت على صخرتها كل هذه النظريات(١)، إذ كيف تقوم الكمبيالة بوظيفتها في تسوية العمليات التجارية، وكيف تقوم مقام النقود في الوفاء، وكيف تغني عن نقل النقود اذا تعرض الحامل لخطر الاحتجاج عليه بالدفوع التي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة من ظهر اليه السند، وكيف يستطيع المستفيد او المظهر استخدام الكمبيالة كأداة ائتمان اذا استطاع الموقعون على السند الاحتجاج على الصيرفي الخاصم بأسباب بطلان التزام المسحوب عليه او فسخه قبل الساحب او قبل حامل سابق، وبدون هذه القاعدة لا تتمكن البنوك من خصم الاوراق التجارية والتعامل بها، إذ كيف يتيسر لها أن تحقق العلاقات غير الصرفية التي كانت قائمة بين المدينين من جهة وبين من آلت اليهم الاوراق التجارية من جهة اخرى، في وقت انشاء السند او تظهيره(٢).

وقد عرفت هذه القاعدة في القانون الالماني القديم واعتنقها القضاء الفرنسي ابتداءً من القرن السابع عشر ودرج عليها الفقه والقضاء في مصر حتى أصبحت عرفاً تجارياً مستقراً، ثم جاء قانون جنيف ونص عليها صراحة في المادة (١٧)، في شأن الكمبيالة على انه:

---

(١) شفيق، محسن،(١٩٥٤)، **القانون التجاري المصري الاوراق التجارية**، المرجع السابق، ص ٢١٩-٢٢١.

(٢) صالح بيك، محمد، المرجع السابق، ص ١٤١.

" لا يجوز لمن اقيمت عليهم دعاوى بمقتضى الكمبيالة الاحتجاج على الحامل بالدفوع المبينة على علاقاتهم الشخصية بالساحب او بالحاملين السابقين الا اذا كان الحامل وقت حصوله على الكمبيالة قد تعمد العمل على مضارة المدين "[١].

وتعود نشأة قاعدة تطهير الدفوع الى العصور الوسطى حيث استمرت في تطورها الى أن أقرتها التشريعات فيما بعد، ويرى البعض[٢] أن فكرة الالتزام السائدة في الشرائع الجرمانية ساهمت الى حد كبير في ظهور هذه القاعدة، اذ ان هذه الشرائع كانت تجيز عدم تعيين الدائن في الالتزم بحيث انه يصح ان يكون التزام المدين لمصلحة شخص غير محدد، وهذا أعطى أهمية للورقة التجارية بحد ذاتها كتجسيد لتعهد المدين بالوفاء بغض النظر عن شخص الدائن، ثم تطور الامر الى ان اصبحت الورقة تمثل في ذاتها التزام المدين فيكفي ان يستلمها أي شخص لكي يستطيع المطالبة بالحق الذي تحتويه سواء أكان هذا الشخص قد عين من قبل الدائن الاصلي أم لم يعين، وكذلك لا تبرأ ذمة المدين من التزامه إلا باسترجاعه لهذه الورقة وقد ترسخت هذه القاعدة في الاعراف التجارية وظلت لمدة طويلة مطبقة في القضاء دون سند قانوني[٣]، الى انه تم تقنينها في قانون جنيف الموحد عام ١٩٣٠ ومنه انتقلت الى باقي التشريعات.

وقد نص قانون التجارة الاردني على هذه القاعدة في المادة (١٤٧) منه والتي نصت على أنه:

" ليس لمن أقيمت عليهم الدعوى بسند السحب أن يحتجوا على حامله بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بساحب السند او بحملته السابقين ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين ".

الا أن هذه القاعدة ليست مطلقة ومن التطبيقات القضائية[٤] على ذلك ما جاء في حكم محكمة التمييز الاردنية[٥]: " أن قاعدة تطهير الدفوع ليست مطلقة بمقتضى المادة ١٤٧ من قانون التجارة، إنما هي تمنع الذين اقيمت عليهم الدعوى من الاحتجاج بالدفوع المبنية على

---

[١] طه، مصطفى كمال، المرجع السابق، فقرة ٩٤.

[٢] البسام، احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص١٣-١٤.

[٣] العكيلي، عزيز، نقلاً عن بسام الطراونة ص ٢٨٨.

[٤] الطراونة، بسام حمد، (٢٠٠٣)، **تظهير الاوراق التجارية: دراسة مقارنة بين القانونين الاردني والمصري واتفاقية جنيف**،عمان:دار وائل ص ٢٩٠.

[٥] تمييز حقوق اردني، رقم ١٩٨٨/٢٤٥، هيئة خماسية، صادر بتاريخ ١٩٨٨/٣/٢٢، مجلة نقابة المحامين، ص ١١١٨.

علاقاتهم الشخصية بساحب السند او بحملته السابقين وإنما قصد بها حماية الورقة التجارية من الدفوع التي تتعلق بصحة اصدارها مع استثناء بعض الحالات كالأهلية ولذلك يستطيع المدين بكمبيالة ان يدفع بمواجهة الحامل بالمقاصة إذا وجدت علاقة دائنية ومديونية، إذ أن الدفوع الشخصية التي تكون للساحب قبل حامل الورقة الذي يطالبه بالوفاء تظل قائمة ويجوز التمسك بها ".

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز جاء فيه أن: " قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ أخذ بقاعدة تطهير الدفوع كما هو واضح من نص المادتين ١٤٧ و١٦٣ من القانون والتي حرمت من اقيمت عليهم دعوى بسند السحب من الاحتجاج على حامله بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية لساحب السند او حملته السابقين ولو كان سبب الدين باطلاً، إلا أن المادة ١٤٧ المذكورة أوردت قيداً واحداً أجازت معه للمدين ان يحتج بالبطلان اذا كان حامل السند قد حصل عليه بقصد الاضرار بالمدين وان مجرد العلم بالدفع وقت انتقال الورقة لا يكفي لحرمان الحامل من ميزة عدم الاحتجاج بالدفوع في مواجهته بل يشترط حتى يفقد هذه الميزة ان يكون قد حصل على الورقة بقصد الاضرار بالمدين "[1].

تعتبر قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع خروجاً على القواعد العامة للقانون المدني التي تقتضي بأنه لا يجوز لشخص ان ينقل الى غيره حقوقاً أكثر مما له، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، وقد تعددت النظريات القانونية لتفسير هذه القاعدة وتبرير هذا الخروج، فقيل بوجه عام بنظرية الانابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية الارادة المنفردة، بيد أن هذه النظريات لا تصلح تماماً لتفسير هذه القاعدة، وانه من المتعذر ردها الى نظرية أو أساس قانوني معين وإنما تبررها ضرورات الحياة التجارية والاعتبارات العملية والاقتصادية، ذلك أنه لو جاز للمدين في الورقة التجارية ان يتمسك في مواجهة حاملها بالدفوع التي قد تكون له قبل حامل سابق لما أقدم أحد على التعامل بالورقة التجارية قبل أن يقوم بالبحث عن الظروف التي التزم فيها كل موقع للتأكد من خلو الورقة من العيوب، وهذا من شأنه عرقلة تداول الاوراق التجارية الى حد كبير وشلها عن أداء وظائفها، فلتيسير الورقة التجارية وتحقيقاً لاستقرار المعاملات

---

[1] تمييز حقوق اردني،(١٩٩٠)، رقم ٨٧/٨٥١، مجلة نقابة المحامين، ص ٩٣٥.

ودعما للائتمان التجاري وتمكيناً للأوراق التجارية من القيام بدورها كأداة وفاء وائتمان تقررت قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع تحصيناً للحامل من المفاجآت وتأكيداً لحقه في الوفاء[1].

ينظر القانون المدني الى الحوالة المدنية متى كانت بعوض بوصفها بيعا، فكما أنه لا يجوز للبائع أن يدلي الى المشتري بحقوق أكثر مما له على الشيء المبيع بحيث ينتقل هذا الشيء من البائع الى المشتري بحالته عند وجوده بين يدي البائع، فكذلك الحال في الحوالة، اذ ينتقل الحق محل البيع من المحيل الى المحال له بحالته وقت الحوالة، فيجوز اذن للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع التي كان يستطيع التمسك بهل في مواجهة المحيل، لأن حوالة الحق بالنسبة اليه مجرد احلال دائن محل آخر دون أن يطرأ بسبب ذلك تعديل في الحق ذاته، وعلى هذا الاساس إذا تعلق بالحق سبب من اسباب البطلان او الفسخ او الانقضاء فأزاله، استطاع المحال عليه التمسك بهذا الدفع في مواجهة المحال له[2]، وقد نصت المادة ١٠٠٥ من القانون المدني الاردني على انه:

" للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت له في مواجهة المحيل وله ان يتمسك بكافة الدفوع التي للمحيل قبل المحال له ".

ولا يستطيع هذا المبدأ مع سلامته أن ينسجم وطبيعة الورقة التجارية وما تقوم به من وظائف، لأنه لو أجيز للمدين في الورقة التجارية ان يتمسك في مواجهة الحامل بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل حامل سابق لنشأ عن ذلك حتماً إقامة العقبات في سبيل تداول الورقة بالسرعة التي تتطلبها المعاملات التجارية، إذ يتردد المظهر اليه في التعامل بالورقة التجارية او يضطر الى إجراء تحريات طويلة والبحث عن خفايا الصك وسلامته من العيوب التي تنخر فيه، وهي نتيجة وان كان من المقبول التسليم بسلامتها في ميدان المعاملات المدنية التي تحتم التراخي والبطء، فمن غير المرغوب فيه قبولها في المعاملات التجارية بوجه عام، والمعاملات الصرفية على وجه الخصوص، فهل يمكن ان تكون الورقة التجارية أداة وفاء أو أداة ائتمان متى ظل الحامل قلقاً على حقه معرضا للدفوع التي لم يكن يعلم بها ولم يكن

---

[1] طه، مصطفى كمال (١٩٩٧)، **الاوراق التجارية والافلاس**، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، فقرة ٩٤.

[2] رسالة الاستاذ ,Guinll، المقدمة الجامعية Rennes، سنة ١٩٠٣، ورسالة الاستاذ Pichons، المقدمة لجامعة باريس سنة ١٩٠٤، ورسالة الاستاذ Gaillol المقدمة لجامعة Aix سنة ١٩٣٠،نقلاً عن محسن شفيق ،**القانون التجاري المصري**، المرجع السابق، ص ٢١٩.

باستطاعته العلم بها؟ لهذا هجر العرف التجاري المبدأ المعمول به في القانون المدني، واستقر على حماية الحامل بمنع المدين في الورقة التجارية من التمسك في مواجهته بالدفوع أو أوجه الدفاع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة حامل سابق، بمعنى أن العرف جعل التظهير بمثابة مطهراً لما يشوب الورقة التجارية من عيوب قانونية واسباب لانقضاء الالتزام[١].

ويردّ الفقهاء الفرنسيون في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين العلاقات الناشئة عن الورقة التجارية الى ثلاثة عقود: عقد سابق بين الساحب والمستفيد تحررت الورقة لتنفيذه؛ وعقد وكالة بين الساحب والمسحوب عليه، وحوالة بين المظهر والمظهر اليه، لكن هذا التفسير غير مقنع للأسباب التالية[٢]:

١- لا يسوغ القول بأن المسحوب عليه قد تلقى وكالة من الساحب بالوفاء للحامل، ذلك ان المسحوب عليه يتلقى أمراً بالوفاء باسم الساحب ولحسابه بأداء قيمة الورقة من ماله الخاص، بالاضافة الى ان للوكيل ان يتمسك قبل الغير بالدفوع التي قد تكون للموكل لأنه يعمل باسمه ولحسابه في حين يمتنع على المسحوب عليه أن يتمسك في مواجهة الحامل حسن النية بما للساحب من دفوع، وان الوكالة يجوز للموكل إنهاؤها ويجوز للوكيل أصلاً أن ينزل عنها في الاصل.

٢- من غير المقبول بفكرة الحوالة في العلاقة ما بين المظهر والمظهر اليه، إذ ما هو الحق الذي ينقله المظهر للمظهر اليه؟ هل هو حق المستفيد قبل الساحب (وصول القيمة)؟ لو كان الامر كذلك لما أمكن تفسير كيف أن الحامل يجب عليه ان يطالب المسحوب عليه أولاً بقيمة الورقة في ميعاد الاستحقاق، أم هو الحق الذي للساحب قبل المسحوب عليه (مقابل الوفاء)، بيد أن مقابل الوفاء قد لايوجد ومع ذلك يظل المسحوب عليه ملزماً بقبوله بأن يدفع للحامل.

٣- وأياً كان الحق المحال به، فإن فكرة الحوالة لا تتمشى مع خصائص الإلتزام الصرفي، ذلك أن الحوالة تنقل الحق نفسه وبدفوعه الى المحيل له، وهذه النتيجة تتعارض مع قاعدة تطهير الدفوع على الحامل حسن النية، ثم ان المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وقت الحوالة، في حين أن الموقعين على الورقة ضامنون متضامنون للقبول والوفاء.

---

[١] شفيق، محسن ،**القانون التجاري المصري**، المرجع السابق، ص ٢١٩.

[٢] طه، مصطفى كمال، (٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس**، المرجع السابق، ص ٢٨٤-٢٨٥.

على أن هذه الافتراضات لا تستجيب دائماً الى الارادة الحقيقة للأطرف، فضلاً عن انها عاجزة عن تفسير عدم الاحتجاج بالدفوع المؤسسة على عيوب الارادة التي تشوب الالتزام الصرفي ذاته، كما انه من الثابت امتناع التنازل مقدماً عن البطلان، كالدفع بعدم مشروعية السبب لا يجوز الاحتجاج به على الحامل حسن النية، هذا الى أن تنازل المدين المفترض عن التمسك بأوجه الدفع، وهو معاصر للقبول، لا يمكن أن يكون بمنجى عن العيوب التي تلحق القبول نفسه[1].

ويرى الباحث بأن حوالة الحق هي طريقة من طرق تداول الورقة التجارية في حالة واحدة فقط وبإشارة صريحة للحوالة وهي وجود عبارة (ليس لأمر) والتي نص عليها المشرع الاردني في المادة (٢/١٤١) بقولها: " وسند السحب الذي يدون فيه صاحبه عبارة (ليس لأمر) أو أية عبارة أخرى مماثلة يخضع تداوله لأحكام حوالة الحق المقرر في القانون المدني دون غيرها "، وليس لأمر تعني منع تداول الورقة التجارية عن طريق التظهير، والتظهير لا يستلزم موافقة جميع الاطراف لتداول الورقة، بينما تستلزم الحوالة موافقة جميع الاطراف لصحتها، فإذا وافق المحال عليه يخرج المحيل من العلاقة، فقط في الحوالة تبديل شخص محل آخر أما الحق فينتقل محملاً بكل ما يشوبه من عيوب.

وقد قضت محكمة التمييز بأنه:

" يعتبر قيام العميل والبنك بتنظيم حوالة لحساب شركة في جنيف لدى بنك مبكو حوالة حق طبقا لاحكام المادة (٩٩٣) من القانون المدني والتي يشترط لصحتها رضا المحيل والمحال عليه والمحال له وتكون هذه الحوالة موقوفة على قبول المحال له ، وفقا لحكم المادة (٩٩٦) من ذات القانون ، وعليه فان تنظيم الحوالة في الوقت الذي كان فيه بنك (مبكو) قد وضع تحت التصفية وسحبت اللجنة المصرفية السويسرية ترخيصه فتكون الحوالة غير منعقدة لانها فقدت احد اركانها وهي موافقة المحال عليه اذ لم يكن البنك المحال عليه في تاريخ تنظيم الحوالة أهلا للتعاقد ، ولا يرد الادعاء بان البنك المحال عليه وافق على الحوالة اضافة الى ان المميز لم يقدم ما يثبت ذلك "[2].

---

[1] طه، مصطفى كمال، (٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس**، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

[2] قرار تمييز رقم ٤١٣/١٩٩٧ فصل بتاريخ ١٩٩٧/٥/١٧،هيئة عادية، مركز عدالة.

المبحث الثاني

الشروط المتعلة بشخص الحامل للورقة التجارية

ترتكز قاعدة تطهير الدفوع على مبررات عملية مبناها تيسير تداول الورقة التجارية بعدم اجبار من يتلقاها من المتعاملين على اجراء تحقيقات طويلة ومعقدة حول الظروف التي دفعت بالموقعين الى إدراج توقيعاتهم؛ فهي بمثابة امتياز للحملة الذين وثقوا في ظاهر الصك واعتقدوا عن سلامة طوية بأن التوقيعات التي تحملها الورقة تمثل التزامات حقيقية وصحيحة؛ لذا كان من الطبيعي ان لا ينتفع من حماية القاعدة إلا الغير الذي تلقى الصك فضلاً عن ذلك ان يكون هذا الغير قد تملك الورقة وهو يجهل العيوب التي يمكن ان تكون شابت التزامات الموقعين[1]، ولأن مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالدفوع ينحدر عن مبدأ استقلال التواقيع والذي يعتبر كل توقيع على الورقة التجارية مجرداً عن غيره من التواقيع، فإن بطلان احد التواقيع لا يمتد الى التواقيع الاخرى بل تظل هذه التواقيع صحيحة وللدائن أن يتمسك بها اذا توافرت فيها الشروط التي نص عليها القانون، فكل شخص يوقع على الورقة التجارية ينشيء في ذمته التزاماً صرفياً قائماً بذاته مستقلاً عن التزامات غيره من الموقعين عليها، ويلتزم بالوفاء بقيمة الورقة كاملة اذا امتنع المدين الاصلي عن الوفاء بها في ميعاد الاستحقاق، ورغم ان هذا الحكم يتعارض مع القواعد العامة التي تقضي بأن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، غير أن طبيعة الورقة التجارية باعتبارها اداة وفاء وائتمان تبرر اللجوء الى هذا الحكم، تعزيزاً لحق الحامل وإبعاده عن العلاقات القائمة بين المدين والموقعين الآخرين [2].

لذلك كان لزاماً أن نتعرض في هذا المبحث الى الشروط المتعلقة بشخص الحامل المدعى ضده في مطلبين، المطلب الاول طبيعة علاقة الحامل المدعى ضده بالمظهر الاخير للورقة التجارية، والمطلب الثاني حسن نية الحامل المدعى ضده كشرط لتطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بتطهير الدفوع.

---

[1] البسام، احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٣٣.

[2] كرم، عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٨.

المطلب الاول

طبيعة علاقة الحامل بالمظهر الأخير للورقة التجارية

إذا نظرنا الى علاقة المظهر بالمظهر اليه، سنجد أن حوالة الحق كما أسلفنا غير مناسبة لتفسير هذه العلاقة، إذ ما هو الحق الذي ينقله المظهر الى المظهر اليه؟ هل هو حق المستفيد قبل الساحب والذي يعبر عنه شرط وصول القيمة في الكمبيالة؟ لا يمكن التسليم بذلك وإلا كيف نفسر حق الحامل في مطالبة المسحوب عليه بقيمة الكمبيالة عند حلول ميعاد استحقاقها، أم هو حق الساحب قبل المسحوب عليه أي ما يعرف في مقابل الوفاء؟ ولا يتصور أيضاً أن يكون كذلك لأن الحامل يتملك مقابل الوفاء بحكم القانون[1]، وذلك بموجب نص المادة (١٣٥) من قانون التجارة بقولها:

" تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة سند السحب المتعاقبين ".

كما ويترتب على انتقال ملكية السند الى المظهر اليه أنه يصبح بمكانة المستفيد الجديد للكمبيالة وأن المظهر ملتزم بضمان الوفاء بقيمة الكمبيالة، لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع الفرع الاول سنفرده لانتقال الحقوق الصرفية الى المظهر اليه، والفرع الثاني التزام المظهر بالضمان والفرع الثالث ان التظهير يضفي على المظهر اليه صفة الحامل الشرعي.

الفرع الأول إنتقال الحقوق الصرفية الى المظهر اليه:

بما أن المظهر إليه هو المستفيد الجديد في الكمبيالة، فإن المظهر اليه عند تظهيره السند تظهير ناقل للملكية يكون قد نقل جميع الحقوق الصرفية التي تخولها الكمبيالة للمظهر باعتباره المستفيد فيها والحامل الشرعي لها وتقع عليه أيضاً واجباته[2]، وقد نصت المادة (١/١٤٤) من قانون التجارة على انه:

" ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن السند ".

فيصبح المظهر اليه هو المالك لمقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه فلا يقتصر الأمر على الحق الثابت فيها، وإنما يشمل إنتقال كافة توابع هذا الحق من تأمينات عينية أو

---

[1] الشرقاوي، محمود سمير (١٩٩٣)، **الأوراق التجارية**، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٣٠.

[2] البارودي، علي (٢٠٠٢)، **الاوراق التجارية والإفلاس**، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ص ٧٥.

شخصية كالرهن و الامتياز والكفالة دون حاجة الى الإشارة الى ذلك في صيغة التظهير، وتنتقل الى المظهر اليه كافة الحقوق التي يخولها قانون الصرف للحامل كالحق في تقديم الورقة للقبول، وحقه على مقابل الوفاء وإعادة تظهير الكمبيالة، وكذلك حقه في الرجوع على سلسلة الضُمّان، ويلاحظ أن الحقوق التي يكتسبها المظهر اليه بالتظهير لا تعد حقوقاً استخلافية، فالمظهر اليه لا يعتبر خلفاً خاصاً للمظهر ولا يتلقى حقوقه عنه، فحقوق المظهر اليه تنشأ مباشرة عن الكمبيالة قبل المدين فيها(١)، وبسبب وجود قاعدة تطهير الدفوع فإن الحق الثابت بالكمبيالة ينتقل الى المظهر اليه أقوى مما كان في يد المظهر، وهذا ما حدا بغالبية الفقه الى القول بأن للمظهر اليه حقاً مباشراً خاصاً، ويمتاز أيضا بالقوة لأن المظهر ينضمّ الى المظهرين السابقين في ضمان الوفاء لهذا المظهر اليه الأخير فيصبح الحق الثابت بالكمبيالة متمتعاً بضمان أكبر من ذلك الذي يتمتع به وهو في يد المظهر نفسه(٢).

وعلى ذلك إذا كانت الكمبيالة مضمونة برهن على بضاعة لمصلحة المستفيد، ثم قام الأخير بتظهير الكمبيالة فإن الحق الثابت فيها ينتقل للمظهر اليه مضموناً برهن البضاعة، كذلك إذا سحبت الكمبيالة لمصلحة الوكيل بالعمولة كأجر له عن وكالته فإن هذا الحق يعد ممتازاً، فإذا ظُهّرت الكمبيالة الى شخص آخر وفاءً لدين عادي فإن الحق الثابت في الكمبيالة ينتقل الى المظهر اليه كحق ممتاز، وقد ينتقل الحق بالتظهير الى أحد الموقعين كالساحب او المسحوب عليه أو أحد المظهرين السابقين، وذلك لأن كل موقع على الكمبيالة يلتزم بأداء قيمتها في مواجهة حاملها(٣)، بحيث يكون لهؤلاء الحق في تظهير السند ثانيةً، وقد نص على ذلك المادة (٣/١٤١) بأنه:

" ويصح التظهير ولو للمسحوب عليه سواءً أكان قابلاً لسند السحب أم لا، كما يصح تظهيره للساحب ولأي شخص آخر يكون ملزماً له ويكون لهؤلاء جميعاً الحق في تظهيره ".

الفرع الثاني التزام المظهر بالضمان والوفاء:

أولاً التزام المظهر بالضمان:

نصت المادة (١٤٥) من قانون التجارة على انه:

(١) الجوهري، محمد فهمي(ب،ت)، **الاوراق التجارية**، القاهرة: مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة، ص ٢٤٥-٢٤٦.
(٢) البارودي، علي، المرجع السابق، ص ٧٥- ٧٦.
(٣) الشرقاوي، محمود سمير، المرجع السابق، ص ١٢٤.

"١. المظهر ضامن قبول السند ووفاؤه ما لم يشترط خلاف ذلك.

٢. وله أن يمنع تظهيره، وحينئذٍ لا يكون ملزماً بالضمان تجاه من يؤول إليهم السند بتظهير لاحق ".

يتضح من نص المادة أن التظهير لا يؤدي إلى انتقال الحقوق الثابتة والحقوق التابعة من المظهر الى المظهر اليه فحسب، بل ينشيء أيضاً التزاماً على المظهر بضمان قبول السند والوفاء بقيمته في ميعاد الاستحقاق، فإذا قدم المظهر اليه السند الى المسحوب عليه للقبول أو الوفاء، كان للمظهر اليه الرجوع على المظهر لدفع قيمته، إضافة الى مصاريف الاحتجاج والرجوع، فالمظهر بتظهيره للسند يكون في مركز الساحب قبل المظهر اليه في ضمان قبوله والوفاء بقيمته، إذ يعتبر تظهير السند في حكم إنشائه، ويكون المظهر في مركز الساحب، وبالتظهير يدخل في مجموعة الموقعين على السند لضمان الحقوق الثابتة فيه، ويكون للمظهر اليه حق الرجوع عليهم جميعاً، منفردين أو مجتمعين، ولا تبرأ ذمة المظهر بمجرد تظهيره للسند ونقل ملكيته الى المظهر اليه، بل انه يبقى ضامناً لقيمته في حالة عدم القبول أو الوفاء في ميعاد الاستحقاق عند امتناع المسحوب عليه، فإذا أوفى قيمة السند ومصاريف الرجوع، انتقل اليه الحق في الرجوع على الموقعين الآخرين بما دفعه(١).

وهذا الفارق بين التظهير التام والحوالة المدنية، نظراً لاختلاف الوظيفة الاقتصادية التي يؤديها كل منهما، فالأصل في الحقوق المدنية انها غير معدة للتداول، والغالب ألا يفكر الدائن في التصرف بها إلا حيث يتشكك في قدرة المدين على الوفاء بها، ولذلك كثيراً ما يجتزيء عند حوالتها بجزء من قيمتها، فالمحال له يدرك سلفاً ما قد يتعرض له من خطر إعسار المدين في ميعاد الاستحقاق وعجزه بالتالي عن الوفاء، ولا يتطلب عادة من المحيل إلا ضمان وجود الحق المحال به، أما الأوراق التجارية فهي معدة أصلاً للقيام بوظيفة النقود في الوفاء ويوليها المتعاملون ثقة قريبة من ثقتهم بالنقود(٢)، وتجدر الاشارة الى ان القبول هو اعلان المسحوب عليه إرادته في الإلتزام الصرفي حيث يظل أجنبياً عن العلاقة الصرفية منذ سحب الكمبيالة الى أن يقبلها وبالتالي لا يكون هناك مجال للقبول في السند لأمر حيث لا وجود للمسحوب عليه(٣).

---

(١) كرم، عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٢) الشواربي، عبد الحميد (١٩٩٣)، **القانون التجاري، الاوراق التجارية**، الاسكندرية: منشأة المعارف، ص ٤٠ -٤١.

(٣) دويدار، هاني، المرجع السابق، ص ٥٠٤.

ثانياً شرط عدم الضمان:

يتحقق عدم ضمان المظهر وفق أحكام المادة (١٤٥) من قانون التجارة إذا مارس هذا المظهر حقه بأن اشترط إعفاءه من ضمان القبول وضمان الوفاء، ويتحقق شرط عدم الضمان كذلك إذا منع المظهر تظهير السند بحيث يشترط على المظهر اليه عدم تظهيره للغير، وبهذه الحالة لا يكون للمظهر ضماناً للقبول أو الوفاء تجاه من يؤول اليهم السند بتظهير لاحق، فإذا كان الأصل أن المظهر يضمن للمظهر اليه الوفاء بقيمة الورقة التجارية إلا أن ذلك لا يمنع الأطراف من الاتفاق على مخالفة هذا الأصل لأنه لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفته، ويجوز للمظهر أن يشترط عدم ضمان القبول، أما ضمان الوفاء فكل شرط للإعفاء منه يعتبر كأن لم يكن وهو ما قررته المادة (١٣٢) من قانون التجارة بقولها:

" ١. الساحب ضامن قبول سند السحب ووفائه، وله أن يشترط الإعفاء من ضمان القبول.

٢. أما ضمان الوفاء فكل شرط للإعفاء منه يعتبر كأن لم يكن ".

الفرع الثالث ان التظهير يضفي على المظهر اليه صفة الحامل الشرعي:

نصت المادة (١/١٤٦) على انه:

" ١- يعتبر من بيده السند انه حامله الشرعي متى اثبت انه صاحب الحق فيه بتظهيرات متصلة بعضها ببعض ولو كان آخرها تظهيراً على بياض ".

وعلى هذا الأساس فإن التظهيرات المتسلسلة التي تؤدي الى انتقال السند الى الحامل الأخير هي قرينة على كونه الحامل الشرعي للسند، ولكن يجوز اثبات عكس هذه القرينة القانونية، وعند ذلك لا يستفيد الحامل من حماية القانون الصرفي ولا يلتزم الموقعون تجاهه[1].

يقيم قانون الصرف صفة الحامل الشرعي للورقة التجارية على شرط كبير الخطورة وهو وصول الورقة التجارية الى يد الحامل نتيجة سلسلة غير منقطعة من التظهيرات، ومعنى ذلك ان لا تبدو في التظهيرات المتعاقبة فجوة توحي بأنها قد وقعت في يد حامل غير شرعي نقلها بالتظهير الى حامل آخر، فينبغي على كل حامل يتلقى الورقة ان يتثبت من ان كل تظهير في الورقة قد صدر عن المظهر اليه في التظهير السابق، وعليه يكون اول تظهير صدر عن المستفيد، وان كانت الكمبيالة قد انشأت لأمر ساحبها فيجب ان يصدر التظهير الاول عن

---

[1] سامي، فوزي محمد (١٩٩٧)، **الاوراق التجارية**، ج٢، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ١٤٤.

الساحب نفسه، ثم يصدر التظهير الذي يليه عن الشخص الذي تلقى الورقة من المستفيد، وهكذا يجب ان تتوالى التظهيرات بحيث يصدر كل توقيع عن المظهر اليه المعين في التظهير الذي سبقه مباشرة؛ فإذا كانت التظهيرات متسلسلة حسب الطريقة المبينة فيما تقدم افترض نص المادة أن حائز الورقة هو حاملها الشرعي حتى لو كان التظهير من نوع التظهير على بياض، فالتظهيرات غير المنقطعة قرينة على شرعية حق الحامل في ملكية الورقة، ولكن من الملاحظ أنها قرينة قانونية بسيطة تقبل اثبات العكس، ويقع عبء الاثبات على من يدعي عدم مشروعية الحامل للورقة رغم وجود توقيعات متسلسلة وغير منقطعة، فقد يحدث أن يكون الحامل ليس مالكاً حقيقياً للورقة، كما لو عثر عليها بعد أن فقدها مالكها الحقيقي وكان آخر تظهير تحمله الورقة من نوع التظهير على بياض، فاذا استطاع المالك الحقيقي اثبات ذلك كان له استرداد الورقة ان كانت ما تزال بيد الشخص الذي عثر عليها، واستيفاء قيمتها منه لو انتقلت الى حامل آخر[١].

ويمكن القول بأن مضمون هذه القاعدة وجوهرها هو تأمين الحامل حسن النية ضد المفاجآت غير المتوقعة عند تقدمه لإقتضاء قيمة الكمبيالة، ويصبح بالتالي حقه خالصاً ومبرّأ من العيوب التي قد تكون عالقة بها ويجهلها بحيث يغدو كل موقع على الورقة مسؤولاً عن الدفع وكل حائز شرعي للصك يكون له حق مطلق بل وجديد في اقتضاء قيمته[٢]، ولا يكون بمقدور المدين في الورقة مثل الساحب والمسحوب عليه القابل والمظهرين السابقين والضامنين الاحتياطيين الامتناع عن الوفاء اتكالاً على اسباب او دفوع كانت بمكنته في علاقته مع دائنه السابق[٣]، ويعد تطهير السند من الدفوع في العلاقة بين المدين والحامل غير المباشر أثراً من آثار التظهير التي تتفق وطبيعة الالتزام الصرفي وتستقل به الورقة التجارية بحسب ما تنهض به من وظائف إلا أن تطبيق هذا الاثر في السندات المدنية يؤدي الى إقصاء طبيعتها المدنية ويفضي الى الإجحاف بالمدينين سيما وانهم غالباً ما يقبلون على التوقيع عليها دون ان يدركو مدى شدته، الامر الذي يلزم معه طرح هذا الاثر عن الحوالة المدنية[٤].

---

[١] البسام، احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٣٤-١٣٥.

[٢] مقال مارين، ص ٥٤٦ نقلا عن رضوان، ابوزيد (ب.ت)، **الاوراق التجارية**، دار الفكر العربي، ص ١٦٦.

[٣] رضوان، ابوزيد، المرجع السابق ص ١٦٦.

[٤] عوض، علي جمال الدين (١٩٨٦)، **الاوراق التجارية**، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٢٨٠.

المطلب الثاني

حسن النية شرط لتطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع

نصت المادة ١٤٧على انه :

" ليس لمن أقيمت عليه الدعوى بسند سحب أن يحتج على حامله بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بساحب السند أو بحملته السابقين ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين " .

من خلال نص المادة السابقة يتضح لنا ان المشرع الاردني أقر قاعدة تطهير الدفوع وقام بتقنينها، وهذه القاعدة تقررت حماية لحقوق الحامل حسن النية ولتيسير تداول السند، ليقوم بوظيفته كأداة للوفاء والائتمان على النحو المطلوب[١]، ولأن قاعدة تطهير الدفوع من اهم الآثار المنبثقة عن التظهير الناقل للملكية، إضافة لنص المادة ١٤٧ والتي أوجبت أن يكون الحامل حسن النية، فإن الشروط المتعلقة بالحامل هي:

الشرط الاول: أن يكون الحامل قد حصل على الكمبيالة بطريق التظهير الناقل للملكية:

ومعنى ذلك أن هذا النوع من التظهير والذي تحدثنا عنه سابقاً هو وحده الذي يطهر الحق الثابت في الورقة من الدفوع العالقة بها[٢]، وعلى ذلك لاتسري هذه القاعدة إن انتقل الحق الثابت بالسند عن طريق حوالة الحق، والسبب في ذلك ان الحق في الحوالة ينتقل محملاً بجميع ما يشوبه من عيوب ودفوع، كما ولا تنطبق هذه القاعدة عندما ينتقل السند بطريق الارث او الوصية او الهبه لأن الموصى له او الوارث او الموهوب له يعد خلفاً عاماً للموصي او للمورث او للواهب ويمكن التمسك قبله بالدفوع التي يحتج بها في مواجهة الموصي او المورث او الواهب[٣]، فإذا كان للمدين في الورقة قد دفع قبل المورث او الموصي، جاز له التمسك بهذا الدفع في مواجهة خلفه العام، ومثال ذلك ان يقع تحرير السند للأمر بمناسبة بيع لم يتم تنفيذه ثم يتوفى المستفيد، فينتقل السند الى وارثه ثم يطالب الوارث المحرر في ميعاد الاستحقاق، فمن الجائز ان يتمسك المحرر قبل الوارث بالفسخ[٤].

---

[١] العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٨١.
[٢] شفيق محسن ،**الوسيط في القانون التجاري المصري**، المرجع السابق، ص ٢٨٥.
[٣] العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٩٠.
[٤] شفيق محسن ،**الوسيط في القانون التجاري المصري** المرجع السابق، ص ٢٢٢.

الشرط الثاني: ان يكون الحامل حسن النية:

ولن ندخل في هذا الصدد فيما اذا كان معيار حسن النية متجهاً الى المعاملات المدنية ام التجارية، ما يهمنا أن تطهير الدفوع من الاثار المتصلة بالتظهير الواقع على الورقة التجارية، وقلنا بأن الالتزام الصرفي مستقل عن مناسبة صدروه، فمن غير المعقول قبول الاحتجاج بان السند مدنياً أم تجارياً، لأن تظهير السند لا يطهر الا اذا كان الحامل حسن النية، وهذا ما أشارت اليه المادة ١٤٧ بالقول (ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين)، وحسن النية مسألة يصعب اثباتها، لذلك يشترط في الحامل كي يستفيد من قاعدة تطهير الدفوع ان يكون حسن النية، او بعبارة أدق أن لا يكون سيء النية عند إجراء التظهير، وقد حصل خلاف حول مفهوم سوء نية الحامل في هذا الصدد، فذهب فريق الى انه يكفي انه علم بوجود الدفوع وقت التظهير حتى يستطيع المدين التمسك بها في مواجهته[١]، واعتبر فريق آخر أن سوء النية الذي يمنع تطبيق قاعدة تطهير الدفوع لا ينتج عن مجرد العلم بوجود الدفع، بل عن التواطؤ بين المظهر له والمظهر على إجراء التظهير بقصد حرمان المدين الصرفي من حق توجيه الدفوع؛ أي انه يجب ان تتوافر لدى المظهر اليه نية الاضرار بالمدين الصرفي بالاشتراك مع المظهر[٢].

وفي قرار لمحكمة التمييز:

"١. يستفاد من الماد ٢٢٤ من قانون التجارة انه تسري على السند لامر (الكمبيالة) الاحكام المتعلقة بالوفاء والرجوع المتعلقة بسند السحب ، كما تسري احكام الضمان الاحتياطي لسند السحب على السند لامر اعمالا لاحكام المادة ٢٢٦ من القانون نفسه ، وان ساحب السند وقابله ومظهره وضامنه الاحتياطي مسؤولون جميعا تجاه حامله على سبيل التضامن، وله حق الرجوع عليهم جميعا او على أي واحد منهم .

٢. ان القاعدة القانونية تفترض ان يكون حامل الكمبيالة حسن النية ولا يحتاج الى التدليل على حسن نيته، وانما يقع عبء الاثبات على مدعي سوء النية بان يثبت ان هناك تواطؤا من المظهر والمظهر اليه بقصد الحاق الضرر به اعمالا لاحكام المادتين ١٤٦ و ١٤٧ من قانون التجارة .
٣. ان قاعدة التظهير يطهر الدفوع التي اخذ بها المشرع الاردني قد حرمت على من اقيمت

[١] توغيه Nouguier فقرة ٧٢٢، وال Wahl فقرة ١٩٣٣- تمييز فرنسي ١٩٠٢/٣/١٩ دالوز١٩٠٣-١-٤٤٨- و١٩٣١/٣/٢٥، سيراي ١٩٣١-١-٢٦٧، ليسكو وروبلو، ج٢ ص ٣٤٣، نقلاً عن ادوار عيد، صفحة ٢٦٥، ابو زيد رضوان ص ١٧٢.
[٢] ليون ورينو، ٤ فقرة ١٣٠، لاكور وبوترون ٢ فقرة ١٢٩٩، سيراي ١٩٣٦-١-٢٢٣، نقلاً عن ادوار عيد، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

عليهم دعوى من المظهر له، من الاحتجاج على الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية لساحب السند، ولو كان سبب الدين باطلا، الا ان المادة ١٤٧ من قانون التجارة اوردت قيدا واحدا اجازت معه للمدين ان يحتج بالبطلان اذا كان حامل السند قد حصل عليه بقصد الاضرار بالمدين، وان مجرد العلم بالدفع وقت انتقال السند لا يكفي لحرمان الحامل من ميزة عدم الاحتجاج بالدفوع في مواجهته بل يشترط حتى يفقد الميزة ان يكون قد حصل على الورقة بقصد الاضرار بالمدين.

٤. ان انكار المدعى عليهما للدين امام دائرة الاجراء ثم الادعاء بفقدان الكمبيالة ثم الادعاء بان الكمبيالة وضعت امانة، فبالاضافة الى ان هذه الادعاءات تشكل تناقضا يمتنع معه سماع البينة الشخصية المطلوبة، فان المدعى عليهما لم يوردا اية واقعة تفيد بان المدعي قد حصل على الكمبيالة بقصد الاضرار بالمدين ، لان القول المجرد بان المدعي قد حصل على الكمبيالة بقصد الاضرار لا يشكل دفعا جديا رغم ان المدعى عليهما يدعيان بان الكمبيالة لم تظهر للمدعي، رغم وضوح هذا التظهير خلف الكمبيالة المبرزة ، وعليه يكون المميزان قد عجزا عن اثبات التواطؤ بين المظهر والمظهر له بقصد الاضرار بالمدعى عليهما والكيفية التي وقع بها هذا التواطؤ ، فيكونان ملزمين بقيمة الكمبيالة عملا بالمادة ١٨٥ من قانون التجارة .

٥. ان الاحتفاظ بالحق بتوجيه اليمين الحاسمة لا يعني ان المدعى عليهما طلبا توجيهها ، كما انهما لم يتمسكا بطلبها امام محكمة الاستئناف "[١].

بالرغم من أهمية هذا الشرط إلا أنه ليس من السهولة بمكان تحديد مفهوم سوء النية إذ تتشعب الآراء وتختلف حول هذا المفهوم، ذلك لانه لا يمكن القول من ناحية، أنه يكفي لتوافر سوء نية الحامل، ومن ثم حرمانه من الاستفادة من قاعدة تطهير الدفوع، مجرد علمه وقت التظهير بالعيب او الدفع مثار المنازعة[٢]، كعلمه بأن الكمبيالة سحبت بمناسبة دين قمار او انعدام سبب التزام الساحب، كما انه من ناحية أخرى يمكن القول ان سوء نية الحامل لا يكفي لتوافره مجرد العلم بالعيب، إذ لايعدو ذلك مجرد موقف سلبي وانما يتعين لكي يكون الحامل سيء النية يستأهل حرمانه من قاعدة تطهير الدفوع ان يكون قد قام بعمل ايجابي يشترك فيه مع المظهر بقصد الاضرار بالمدين[٣]، اي لابد أن يثبت ان الحامل هو شريك في غش حقيقي قصد به الحصول على قيمة الكمبيالة وبغيره كان لا يستطيع الحصول على ذلك، ويبدو أن هذا الاتجاه

---

[١] تمييز حقوق رقم ٢٠٠٢/٦٦٤ هيئة خماسية صادر بتاريخ ٢٠٠٢/٣/٢٤، مركز عدالة.
[٢] Boistel طبعة ٤- رقم ٧٥٧ صفحة ٥١٢، نقلاً عن ابوزيد رضوان ص ١٧١.
[٣] ليون كان- رينو-ج٤-١٣١، صفحة ١١٦-١١٨، نقلاً عن ابو زيد رضوان، ص ١٧٢.

يتسق مع اعتبار الاوراق التجارية بمثابة النقود، وهو على كل حال الاتجاه الغالب في القانون الانجليزي[١]، ومن ناحية ثالثة يمكن القول أخيراً بأن الحامل لا يعتبر سيء النية إلا إذا كان قد قصد في حصوله على الورقة الاضرار بالمدين بمعنى انه لا يكفي في هذا الاتجاه مجرد العلم بالعيب او بالدفع لحرمان الحامل من قاعدة تطهير الدفوع، ولا يشترط من ناحية أخرى ان يكون طرفاً في فعل ايجابي لغش حقيقي للاضرار بالمدين، وانما يكفي وفقاً لهذا الاتجاه أن يكون الحامل قد قصد من مجرد حصوله على الكمبيالة مع علمه ووعيه بالعيب الاضرار بالمدين بحرمانه التمسك بالدفوع التي كان بمقدوره ان يتمسك بها في مواجهة المظهر السابق على الحامل[٢].

ومن تطبيقات محكمة التمييز الاردنية أيضاً:

(لا يستفيد حامل السند من مبدأ تطهير الدفوع إذا كان قد حصل على السند بقصد الإضرار بالمدين) [٣].

وأخيراً لابد من الاشارة الى أن العبرة بإثبات سوء النية هو في وقت حصول التظهير، فإذا كان الحامل لا يعلم وقت التظهير بالدفع فإنه يعتبر حسن النية حتى وان علم بذلك فيما بعد، وبالتالي لا يجوز الاحتجاج عليه بهذا الدفع حتى ولو ثبت علمه فيما بعد، كما وأن التظهير إذا تم لشخص اعتباري فإن العبرة لسوء النية هي بينة الشخص الذي يمثله[٤].

ويرى الباحث بأن مسألة توافر قصد الاضرار بالمدين مسألة تخضع لسلطة قاضي الموضوع، وان العبرة من تحديدها بوقت التظهير، فالقاضي وبحكم خبرته يستطيع أن يكشف النقاب عما إذا كان في نيتة الحاق الضرر بالمدين، وبما ان حسن النية مسألة مفترضة حتى وإن لم ينص عليها القانون، فلا يحول ذلك دون إعطاء المدين الحق في إثبات العكس، سيما وانها مسألة دفينة تقبع في خبايا نفس المظهر.

---

[١] فريدل، رسالة الدكتوراه -١٠١- صفحة ١٤٦، نقلاً عن ابوزيد رضوان، ص ١٧٢.
[٢] ابو زيد، رضوان، المرجع السابق، ص ١٧٢.
[٣] تمييز حقوق، رقم ٨٤/٤٥٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٥، ص ١٣٢.
[٤] هاشم، محمود محمد، **الاوراق التجارية**، نقلاً عن بسام الطراونة المرجع السابق، ص ٢٩٨- ٢٩٩.

الفصل الثاني

أثر تطبيق قاعدة تطهير الدفوع

لا يطهر التظهير كل الدفوع التي قد تتعلق بالسند لأمر، فمنها ما يبقى متعلقاً في صميمه ويختلط به فيجوز الدفع به في مواجهة الحامل ولو كان حسن النية، ومنها ما لا ينفذ الى صميم السند وانما يحوم حوله فيكتسحه التظهير التام متى وقع لحامل حسن النية، ومن العسير وضع ضابط للتفرقة بين الدفوع التي تتطهر بالتظهير والدفوع التي لا تتطهر به، والسبب في ذلك كما قلنا سابقاً، أن هذه القاعدة لم تشيّد على أُسس علمية حتى يمكن تحديد نطاق عملها على وجه الضبط، وإنما هي قاعدة أوجدتها الاعتبارات العملية البحتة، وتكفل العمل والعرف بتعيين الحدود التي تعمل في نطاقها، لذا وجب أن نستعرض الدفوع التي تنبثق عن عيوب السند لنرى ما استقر العمل على وجوب تطهيره وما أبقاه وأجاز التمسك به في مواجهة الحامل ولو كان حسن النية[١]، ويرى البعض[٢] أن قاعدة تطهير الدفوع قد وضعت لحماية الحامل متى كان حسن النية، لذا يتحدد نطاق تطبيقها بالحالات التي يكون فيها الحامل بحاجة الى حماية، فإذا كان السبب الذي تستند اليه هذه الدفوع ظاهراً بحيث يستطيع الحامل أن يقف عليه بسهولة عند إجراء التظهير، فلا يُخشى في هذه الحال مفاجأته بتلك الدفوع، كما هو الحال بالنسبة للدفوع المترتبةعلى نقص بعض البيانات الإلزامية، أو الدفوع الناشئة عن البيانات الواردة في متن السند، أو الدفوع التي تنشأعن علاقة الحامل الشخصية بالمدين، او تلك التي تتعارض فيها مصلحة الحامل مع مصلحة شخص هو أجدر بالحماية، كنقص الاهلية او التزوير وغيرها.

وعليه سنقوم بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين المبحث الاول سنفرده للدفوع التي لاتطهر بقاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع وسنقسمه الى مطلبين، المطلب الاول الدفوع المتعلقة بوقائع شكلية يمكن بيانها بمجرد الاطلاع على الورقة التجارية والمطلب الثاني دفوع تقتضي الموازنة بين حق الحامل حسن النية والمدين المظهر، اما المبحث الثاني فسنفرده للدفوع التي يطهرها التظهير، وسنتناوله في مطلبين، المطلب الاول دفوع مستمدة من بطلان العلاقة الاصلية أو عدم تنفيذها والمطلب الثاني الدفوع المبنية على اسباب انقضاء الالتزام.

---

[١] شفيق، محسن، **القانون التجاري المصري**، المرجع السابق، ص ٢٢٧.
[٢] عيد، ادوار، المرجع السابق ص ٢٧٠.

المبحث الاول

الدفوع التي لا تطهر بقاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع

يقوم قانون الصرف على القواعد الخاصة بإنشاء الكمبيالة والاوراق التجارية عموماً، ومقابل الوفاء فيها وضمانها والوفاء بقيمتها والإجراءات المتعلقة التي تُتبع عند الإمتناع عن هذا الوفاء وتقادم الدعاوى الناشئة عنها، فالكمبيالة والأوراق التجارية نشأة في الأصل لتكون وسيلة لإبرام عقد الصرف سيما وأنها أداة وفاء وأداة ائتمان(1)، كما وتقوم أحكام قانون الصرف على الشكلية أو الحرفية بوجوب تحديد البيانات التي تتوافر في الورقة التجارية كي تستمد قوتها الملزمة، والاستقلال والتجريد، والذي يعني أن الالتزام الصرفي الذي تتضمنه الورقة التجارية مستقل عنه أو مجرداً عن الإلتزامات غير الصرفية التي سبقت نشوئه وأدت اليه، والقسوة في معاملة المدين رعاية لحقوق الحامل وتقوية ضماناته لتأكيد حصوله على حقه الثابت فيها، لذلك تشدد القانون في معاملة المدين ضماناً لحقوق الحامل، ومنح الحامل ضمانات عديدة أهمها حماية الحامل من الدفوع التي لايعلم بها(2)، أما الدفوع التي بإمكانه التنبه اليها بمجرد الإطلاع على الورقة، أو الدفوع التي تستوجب الموازنة بين الحامل والمدين فلا يطهرها التظهير.

وتعود نشأة قاعدة تطهير الدفوع الى العصور الوسطى حيث استمرت في تطورها الى أن أقرتها التشريعات فيما بعد، ويرى البعض(3) أن فكرة الالتزام السائدة في الشرائع الجرمانية ساهمت الى حد كبير في ظهور هذه القاعدة، اذ ان هذه الشرائع كانت تجيز عدم تعيين الدائن في الالتزم بحيث انه يصح ان يكون التزام المدين لمصلحة شخص غير محدد، وهذا أعطى أهمية للورقة التجارية بحد ذاتها كتجسيد لتعهد المدين بالوفاء بغض النظر عن شخص الدائن، ثم تطور الامر الى ان اصبحت الورقة تمثل في ذاتها التزام المدين، فيكفي ان يستلمها أي شخص لكي يستطيع المطالبة بالحق الذي تحتويه سواء أكان هذا الشخص قد عين من قبل الدائن الاصلي أم لم يعين، وكذلك لا تبرأ ذمة المدين من التزامه إلا باسترجاعه لهذه الورقة وقد ترسخت هذه القاعدة في الاعراف التجارية وظلت لمدة طويلة مطبقة في القضاء دون سند قانوني(4)، الى انه تم تقنينها في قانون جنيف الموحد عام ١٩٣٠ ومنه انتقلت الى باقي التشريعات.

---

(1) شفيق، محسن، **القانون التجاري المصري**، المرجع السابق، ص ٢٤.
(2) الشرقاوي، محمود سمير، المرجع السابق، من ص ٢٤-٢٧.
(3) البسام، احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص١٣-١٤.
(4) العكيلي، عزيز، نقلاً عن بسام الطراونة ص ٢٨٨.

وسنتعرض في هذا المبحث للدفوع المتعلقة بوقائع شكلية في المطلب الأول نظراً لأهميتها في مسألة تطهير الدفوع وكثرتها في الواقع العملي، والدفوع التي تقتضي الموازنة بين حق الحامل حسن النية والمدين المظهر في المطلب الثاني.

المطلب الاول

الدفوع المتعلقة بوقائع شكلية

تقررت قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع في حالة التظهير لحماية الحامل حسن النية، لذلك يتحدد نطاق تطبيقها بالحالات التي يكون فيها الحامل بحاجة الى الحماية، وعلى ذلك لا يكون هناك محل لسريان قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع اذا كان السبب الذي تستند اليه هذه الدفوع ظاهرة عند حصول التظهير بحيث كان باستطاعة الحامل أن يكون على بينة منها فلا يكون هناك محل للخشية من مفاجأته بها بعد ذلك كما هو الحال بالنسبة للدفوع المترتبة على اعتبار الورقة التجارية معيبة بسبب تخلف البيانات الالزامية أو الدفوع التي تستند الى البيانات الواردة في صلب السند، وقد لا يكون الحامل بحاجة الى حماية، وهي الحالات التي في وسع الحامل فيها التحقق من سبب الدفع كما اذا كانت الورقة التجارية لا تتضمن احد البيانات الواجب ذكرها والتي يترتب على إغفالها بطلان الورقة، أو عدم الاعتراف لها بقيمتها القانونية، او كما اذا كان الساحب أو أحد المظهرين قد ضمّن الورقة التجارية شرطاً من الشروط الاختيارية كشرط عدم القبول أو شرط الرجوع بلا مصاريف فإن الحامل في كل هذه الأحوال يكون على بينة من الأمر عند انتقال ملكية الورقة اليه ويكفيه لذلك مجرد الاطلاع عليها فلا تظهر الحاجة لحمايته بعد ذلك[١].

ولا يعتبر السند ورقة تجارية إلا عندما يحتوي على بيانات معينة حتّم القانون ذكرها على سبيل الإلزام، فلو خلا السند من احد البيانات الالزامية او ورد فيها بصورة مبهمة يتعذر معها أن تكتشف جليته اعتمادا على السند ذاته، لسقطت عن السند الصفة الصرفية ولم يعد أمام الحامل من سبيل لأنْ يلوذ بحماية قاعدة تطهير الدفوع، والسبب في ذلك أن هذه القاعدة تقتضي لإنتاج آثارها وجود ورقة استكملت البيانات الإلزامية التي فرضها القانون، فضلاً عن أن العيب الشكلي الناشيء عن نقص بيان إلزامي او غموضه دفع موضوعي لا يخضع لحكم القاعدة، ولا يستطيع من يحمل سنداً معيباً أن يحتج بجهله بما فرض القانون من بيانات الزامية لصحة السند،

---

[١] حسن يونس، علي (١٩٩٢)، **الاوراق التجارية**، مطبعة جامعة عين شمس، ص ١٦٧- ١٦٩.

لأن القاعدة التي أوجبت ذكر هذه البيانات قواعد آمره، ولا يصلح الجهل بالقانون عذراً يحتج به للحيلولة دون تطبيق القواعد الآمرة[1].

كما اذا لم يذكر في السند لأمر البيانات الإلزامية التي نص عليها قانون التجارة الاردني في المادة (٢٢٢) بقولها:

يشتمل السند لأمر على البيانات الآتية:

أ. شرط الأمر أو عبارة سند لأمر أو كمبيالة مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها.

ب. تعهد غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود.

ج. تاريخ الاستحقاق.

د. مكان الأداء.

ه. اسم من يجب الأداء له أو لأمره.

و. تاريخ إنشاء السند ومكان إنشائه.

ز. توقيع من أنشأ السند (المحرر).

ومن هنا يجب التساؤل عما إذا كان من الممكن تعويض البيان الناقص بشكل آخر يقوم مقامه، وما هو الأثر الذي يتركه تصحيح الورقة وإكمال نقصها فيما بعد على العيب الشكلي الذي عاصر إنشاؤها، وفيما يتعلق بمسألة تعويض النقص فقد تكفل القانون نفسه بسد نقص البيانات عن طريق إقامة قرائن تستند الى وجود شكل آخر يغني عن البيان الناقص أو الى إفتراض اتجاه إرادة الموقع الى اختبار إحدى الصيغ المحتملة للبيان الناقص[2]، ومثال على ذلك ما نصت عليه الماد (٢٢٣) من قانون التجارة الاردني بقولها:

السند (الخالي) من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة لا يعتبر سند لأمر إلا في الحالات المبينة في الفقرات الآتية:

أ. السند الخالي من ذكر تاريخ الاستحقاق يكون مستحق الأداء لدى الاطلاع عليه.

ب. إذا لم يذكر في سند لأمر مكان الأداء فالمكان الذي يذكر بجانب اسم المحرر يعد مكاناً للدفع وموطناً للمحرر في الوقت نفسه.

ج. وإذا لم يذكر مكان الأداء بجانب اسم المحرر أو في أي موضع آخر من السند لأمر فيعتبر مكان عمل المحرر أو مكان إقامته مكاناً للأداء.

---

(١) البسام، احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٢) البسام، احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٩١.

د. السند لأمر الخالي من ذكر مكان إنشائه يعتبر منشأه في المكان المبين بجانب اسم محرره وإذا لم يذكر مكان محرره صراحةً في السند فيعتبر مكان إنشائه في المحل الذي وقع فيه المحرر السند فعلاً.

ه. إذا كان السند لأمر خالياً من ذكر تاريخ إنشائه فيعتبر التاريخ الحقيقي الذي تم فيه تسليم السند للمستفيد أو للحامل هو تاريخ إنشائه.

و. إذا خلا متن السند لأمر من ذكر كلمة (سند لأمر أو كمبيالة) وكان المعنى المستخلص من المتن يدل على أنه سند لأمر فيعتبر كذلك.

يتضح لنا من نص هذه المادة أنها أوضحت جزاء إغفال ذكر البيانات الإلزامية التي نصت عليها المادة (٢٢٢)، إذ يترتب على إغفال بعض البيانات الإلزامية ان المشرع اوجد قرائن قانونية من خلالها اجازة العيب وعدم تأثيرها في صحة السند بسبب قابليتها لتعويض النقص، فإذا خلا السند من تاريخ الاستحقاق مثلاً أوجدت المادة قرينة بأن السند مستحق الأداء عند الإطلاع رغم ان تاريخ الاستحقاق بيان الزامي.

أما فيما يتعلق بالأثر الذي يتركه تصحيح الورقة وإكمال نقصها فيما بعد على العيب الشكلي الذي عاصر إنشاء الورقة، كأن تصدر الورقة خالية من أحد البيانات الإلزامية، ثم يصحح العيب من قبل أحد المتعاملين بالبيان الناقص، فقد يتم تصحيح العيب على نحو يخالف الاتفاق الذي تم بين منشيء الورقة والشخص الذي تلقاها منه، ومن الممكن أن يجري التصحيح طبقاً لما تم عليه الاتفاق بين مصدر الورقة والمستفيد، فما أثر العيب الشكلي على صحتها السابقة واللاحقة[١]؟.

يتفق جمهور الفقهاء[٢] على حماية الحملة الذين تلقوا الورقة التجارية بعد تصحيحها، دون أن يعلموا بالعيب الشكلي الذي شابها اول مرة، من الدفوع ضدهم بهذا العيب، وذلك استناداً الى قاعدة تطهير الدفوع، ولكن هناك بعض الاختلاف في تقدير موقف الحملة الذين تداولوا الورقة قبل تصحيحها، او على الأقل كانوا يعلمون بوجود العيب الذي اعتراها عند بدء إصدارها، فهل يمكن الاحتجاج ضدهم بهذا العيب، وهل يصح تداول ورقة ناقصة عن طريق التطهير، يميل أكثر المؤلفين الى القول بأن التصحيح اللاحق يسري أثره على الماضي، فتعتبر الورقة كأنها قد استوفت شروط انشائها منذ البداية، ما دامت قد اكملت وفقاً لإرادة مصدرها من

---

[١] البسام، احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٩٣.

[٢] ليسكو وربولو، فقرة ٢٠٤، ارمنجون وكاري فقرة ٢٠٨، ليون ورينو، ج٤، فقرة ٤٦٩، لاكور وبوترون،ج٢، فقرة ١١٩٢،تالير وبيرسرو، فقرة ١٣٧٠، نقلاً عن احمد ابراهيم البسام، المرجع السابق، ص ٩٣.

حيث ما تضمنته من بيانات ومن حيث وصفها كورقة صرفية[١]، وعلى ذلك فإن جميع عمليات التظهير صحيحة ومنتجة للآثار العادية للتظهير، لا سيما فيما يتعلق بخضوع انتقال الورقة لقاعدة تطهير الدفوع، حتى بالنسبة للتظهيرات التي تمت قبل استكمال الورقة ببياناتها الإلزامية[٢]، فيما يرى آخرون بأن تظهير الورقة قبل إفراغها في الشكل الذي حدده القانون لا ينتج الا الاثر المترتب على حوالة الحق، ومن ثم يستطيع مصدر الورقة ان يواجه الاشخاص الذين تداولوها قبل التصحيح بذات الدفوع التي كان له أن يتمسك بها ضد المستفيد او اي حامل تملكها قبل تصحيحها، كما ويجمع الكثير من الشراح على بطلان عمليات التظهير التي تمت قبل تصحيحه[٣]، وقد ورد على لسان المندوب الايطالي في مؤتمر جنيف:

" أن اللحظة الحاسمة للحكم فيما إذا كانت السفتجة كاملة قد استوفت جميع البيانات الجوهرية هي اللحظة التي تقدم فيها البوليصة الى المدين لأداء قيمتها ".

فاستيفاء الورقة التجارية لهذه البيانات شرط جوهري، لا لنشوء الإلتزام الصرفي، ولكن للمطالبة بالحق الذي يحتويه، فلنشوء هذا الإلتزام لا يشترط إلا وجود التوقيع على الورقة، وأن يكون واضع التوقيع أهلاً للإلتزام، فإذا توافرت هذه الشروط، أمكن وضع السند في التداول على الرغم من نقص بياناتها مادامت قابلة للتصحيح فيما بعد[٤].

والبيانات التي تؤدي إغفالها الى بطلان الالتزام الاصلي هي توقيع الساحب، ومبلغ السند، واسم المستفيد، وسنأتي الى بيانها في الدفوع المستمدة من بطلان العلاقة الاصلية.

---

[١] ليسكو وروبولو، فقرة ٢٠٥، نقلاً عن البسام، المرجع السابق، صفحة ٩٣.

[٢] ارمنجون وكاري، فقرة ٢٠٨، ليسكو وروبولو، فقرة ٢٠٥، نقلاً عن البسام، المرجع السابق، ص ٩٤.

[٣] ليون كان ورينو. فقرة ٤٦٩، لاكور وبوترون، فقرة ١١٩٢؛ فيفانتي، ج٣، فقرة ١١١٤، نقلاً البسام، المرجع السابق، صفحة ٩٤، محسن شفيق، القانون التجاري المصري، صفحة ١٥٧.

[٤] احمد ابراهيم البسام، المرجع السابق، ص ٩٥.

المطلب الثاني

دفوع توازن بين حق الحامل حسن النية والمدين المظهر

القاعدة ان نقل الملكية نهائي ولكن طبقاً للقواعد العامة إذا ثبت بطلان التظهير الأخير فتزول ملكية الحامل، ويسترد المظهر الأخير السند، ولكن إذا نجح الحامل في تظهير السند الى حامل آخر حسن النية جاهلاً ان التظهير السابق قابل للبطلان فتعتبر ملكيته نهائية ولا يجوز للمظهر السابق استرداد السند من هذا الحامل حسن النية، كما ويجوز للحامل مطالبة أحد المظهرين بالدين كله وسواء كان المظهر الأخير أم أحد المظهرين السابقين، وعليه فإن حامل السند بجانب حقه في التقاضي ضد المحرر الممتنع عن الوفاء الودي وإلزامه قضائياً بهذا الوفاء فإنه يجوز له أيضاً الرجوع على المظهرين واعتبارهم ملزمون وبالتضامن بالوفاء بمجرد هذا الامتناع، ويلاحظ بأنه لا محل لقاعدة تطهير الدفوع بين المتعاقدين الاصليين(المحرر والمستفيد)، بحيث يمكن التمسك بالدفوع الخفية كبطلان السند بسبب فساد رضائه ولو كان هذا المستفيد حسن النية، والواقع انها خاصة بعلاقة المدين بالغير أي (الحامل)، وكذلك لامحل لها فيما بين المظهر والمظهر اليه، ولكن إذا تكررت التظهيرات فإن المظهر له الجديد يصبح حاملاً ومن الغير بالنسبة للمظهر السابق بحيث لا يمكن لهذا المظهر السابق ان يتمسك ضده ببطلان التظهير الحاصل مع الحامل السابق، ويكفي الحامل الأخير أنه تملك السند بموجب تظهير صحيح شكلاً وموضوعاً وصادراً من آخر حامل للسند، ولكن لا شأن للحامل الأخير بالعيوب الخفية الخاصة بتكوين السند والتظهيرات السابقة وعلى العموم بعلاقة المحرر بالحاملين السابقين[١].

---

[١] العريف، علي (١٩٤٨)، **شرح القانون التجاري المصري، ج٢ الاوراق التجارية**، ط١، مطبعة عطايا، ص ٨٨- ٩١.

وقد استقر الفقه والقضاء على استثناء بعض الدفوع من نطاق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع حتى ولو لم تكن تلك الدفوع ظاهرة بمجرد الإطلاع على الورقة وذلك لإعتبارات تتعلق بتفضيل مصلحة صاحب الحق في توجيه هذا الدفع على مصلحة الحامل حسن النية[١] ونورد فيما يلي أهم هذه الحالات:

الفرع الأول: الدفع بانعدام او نقص أهلية المدين الصرفي:

يعتبر نقص الأهلية- ومن باب أولى انعدامها- من الدفوع التي لا تطهر، فللقاصر أو غيره من ناقصي الاهلية، كالسفيه والمعتوه وذي الغفلة[٢]، إذ يجوز للموقع على السند إذا كان فاقد الأهلية أن يتمسك ببطلان إلتزامه بسبب هذا العيب في مواجهة أي حامل ولو كان حسن النية[٣]، والواقع انه ليس في مقدور حامل الورقة التجارية الكشف عن نقص أهلية أحد المتعاقدين، وبخاصة اذا لم يرتبط معه بعلاقة مباشرة[٤]، وبالرغم من ان العيب هنا غير ظاهر بمجرد الاطلاع على الورقة غير أن حماية ناقص الأهلية أو عديمها أولى وأجدر بالرعاية من حماية الحامل حسن النية، وهذا الاشتثناء قاصر على ناقص الأهلية أو عديمها وحده دون غيره من سائر الموقعين الأخرين وفقاً لمبدأ استقلال التوقيعات[٥]، وقد نصت المادة (١/١٣٠) من قانون التجارة على أنه:

" إذا حمل سند السحب تواقيع أشخاص لا تتوافر فيهم أهلية الإلتزام به أو تواقيع مزورة أو تواقيع أشخاص وهميين أو تواقيع لا تلزم لأي سبب آخر الأشخاص الذين وقعوا السند أو الذين وقع باسمهم، فذلك لا يحول دون صحة التزام الموقعين الآخرين ".

والقول بغير ذلك يجعل من حماية المشرع لهذا الفريق من الاشخاص حماية وهمية، إذ يمكن الغير المتعامل معهم من التهرب من الالتزام في الورقة وتظهيرها بعد ذلك تظهيراً تاماً الى حامل حسن النية[٦]، هذا فضلاً عن انه يترتب على الحامل أن يتحقق من أهلية الملتزمين بالكمبيالة عندما يجري انتقال السند اليه، ولكن إذا لجأ فاقد الأهلية الى الغش – بتقديم تاريخ توقيع تظهيره مثلاً كي يظهر بمظهر الراشد- فيكون مسؤولاً تجاه الحامل بالتعويض عن

---

[١] القضاه، فياض (٢٠٠٩)، **شرح القانون التجاري الأردني (الأوراق التجارية)**، عمان: دار وائل للنشر، ص ١٢٩.

[٢] البسام، احمد ابراهيم ،المرجع السابق، ص ١١٠.

[٣] عيد، إدوار، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

[٤] دويدار، هاني، المرجع السابق، ص ١١٥.

[٥] القضاه، المرجع السابق، ص ١٢٩، الفقي، المرجع السابق، ص ١١٢، الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٣١، البارودي، ص ٨٣، رضا عبيد، ص ٢٤٠، مصطفى كمال طه، ص ٧٥.

[٦] الشواربي، عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٥.

الضرر الذي يلحقه به طبقاً للقواعد العامة[1]، وليس على ناقص الأهلية أن يثبت ضرراً لحقه من جراء التزامه الصرفي كي ينقض هذا الإلتزام، ولكن يستطيع الحامل الذي تمسك ناقص الأهلية إزاءه بالدفع الناشيء عن نقص الأهلية أن يطالب الأخير برد المنفعة التي آلت اليه بنتيجة توقيعه على الورقة وذلك عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب التي نص عليها المشرع الاردني في المادة (٣١١) من القانون المدني الاردني بقولها:

" لا تسمع دعوى الإثراء بلا سبب في جميع الأحوال المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع، وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع ".

هذا فضلاً عن أن للحامل الذي انهارت دعواه الصرفية بدفع نقص الأهلية أن يلجأ الى دعوى المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها، كأن يتذرع ناقص الأهلية بوسائل احتيالية لاخفاء نقص اهليته بابراز وثائق مزورة تثبت أنه راشداً، مما يؤلف خطأ يستوجب مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي حل بالحامل ، ولكن هذه المسؤولية تبقى في الأصل مدنية تستمد وجودها من القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني، على أن التعويض في هذه المسؤولية التقصيرية يتخذ شكل التعويض العيني، بأن يلزم ناقص الأهلية بدفع قيمة الكمبيالة للحامل إستناداً الى قانون الصرف[2].

الفرع الثاني الدفع بانعدام الأرادة:

تؤلف الارادة عنصراً أساسياً في نشوء الألتزام الصرفي، لذا يترتب على هذا الإلتزام في ذمة من لم يُرد أبداً أن يلتزم في الكمبيالة، أو أراد الإلتزام في حدود معينة، وعلى ذلك يستطيع من انعدم رضاؤه كلياً أو جزئياً أن يواجه بهذا الدفع جميع الحملة[3]، وإذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعاً لشخص لم يصدر منه أي تعبير عن الإرادة، فإن الإلتزام الصرفي الذي تعتبر إرادة الموقع مصدره الأول لا يقوم ولا ينشأ، ومن ثم يجوز للمدين الظاهر أن يحتج على كل حامل في المبدأ بالدفع الناشيء عن انعدام إرادته[4]، كما ويجوز لكل من زورت إمضاؤه أن يحتج بالتزوير في مواجهة أي حامل للكمبيالة ولو كان حسن النية، بل ويجوز الاحتجاج

---

[1] ليسكو وربولو، فقرة ٣٠٣، صفحة ٣٣٦، موسوعة دالوز في الحق التجاري رقم ٩١، نقلاً عن إدوار عيد، المرجع السابق، صفحة ٢٧٣، احمد محرز، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

[2] ليسكو وروبولو، فقرة ١٢٩، والملاحظة رقم (٥) في هامش الصفحة ١٥١، لاكور وبوترون، فقرة ١٢٩١، وعكس الرأي القائل بإمكان مطالبة ناقص الأهلية الذي ارتكب خطأ تقصيريا استنادا الى احكام قانون الصرف، ليون كان ورينو، ج٤، فقرة ٤٩٠، نقلاً عن البسام، ابراهيم، المرجع السابق ص ١١٢.

[3] البسام، احمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٠١.

[4] طه، مصطفى كمال (٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس**، المرجع السابق، ص ٧٥.

بالتزوير ولو من أي شخص موقع على الكمبيالة نتيجة تظهير مزور لم يصدر عن صاحبه وبصرف النظر عن حسن نية المظهر اليه، ذلك أنه لايجوز إلزام شخص دون أن تنصرف إرادته إلى تحمل هذا لإلتزام[1]، واذا حصل التزوير في التوقيع في عملية التظهير لحقها تظهيرات أخرى صحيحة فإن سائر التوقيعات – فيما عدا التوقيع المزور- تعتبر صحيحة، ويقتصر الدفع بالتزوير على المزور توقيعه عملاً بمبدأ استقلال التوقيعات، ويختلف تزوير توقيع المدين عن تحريف بيانات الكمبيالة بعد توقيعه توقيعاً صحيحاً، ففي حالة التحريف كزيادة مبلغ الكمبيالة أو تغيير تاريخ استحقاقها فإن الموقعين يبقون ملتزمين بموجب متنه الأصلي قبل التغيير، أما الموقعون اللاحقون لواقعة التغيير او التحريف فملتزمون بموجب متنه المحرف، لذلك لا يستطع من وقع على السند أن يحتج بهذه الواقعة ضد الحامل حسن النية، وذلك لأنه وقع على السند بمتنه المحرف ويفترض التزامه بالكمبيالة وفقاً لمتنه المحرف[2]، وقد نصت المادة (٢١٣) من القانون التجاري على أنه:

" إذا وقع تحريف في متن السند التزم الذين وقعوه فيما بعد بمقتضى متنه المحرف، أما الموقعون السابقون فملزمون بمقتضى متنه الأصلي ".

وينطبق نفس الحكم في حالة انتفاء سلطة التوقيع، فإذا وقّع شخص على الورقة نيابة عن آخر وبغير تفويض منه، جاز لمن زعمت الوكالة عنه أن يدفع في مواجهة الحامل بعدم التزامه صرفياً بمقتضى الورقة، وإذا جاوز الوكيل حدود سلطته، جاز للموكل أن يدفع بعدم التزامه إلا في حدود الوكالة[3]، والدفع بالتزوير يجوز التمسك به في مواجهة كل حامل ولو كان حسن النية، ومع ذلك إذا صدر ممن زور توقيعه إهمال ترتب عليه تسهيل التزوير كان مسؤولاً قبل الحامل حسن النية، لا بالدين الأصلي وإنما بالتعويض الناشيء عن الضرر وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية[4].

---

(١) الشرقاوي، محمود سمير، المرجع السابق، ص ١٣٠- ١٣١.
(٢) القضاه، فياض، المرجع السابق، ص ١٣١.
(٣) طه، مصطفى كمال (٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس**، المرجع السابق، صفحة ٧٥، ادوار عيد، ص ٢٧٤.
(٤) شفيق، محسن، القانون التجاري المصري، ص ٢٣١.

المبحث الثاني

الدفوع التي يطهرها التظهير

الغالب أن يكون إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها نتيجة علاقات سابقة تربط المتعاملين بها، فتحرر الورقة أو تظهر وفاءً لدين سابق بين المحرر والمستفيد الأول أو بين المظهر والمظهر اليه، كأن يدفع المشتري الثمن عن طريق تحرير كمبيالة او تظهيرها، وكذلك الحال بالنسبة للمحكوم عليه بتعويضات الذي يحرر سنداً لأمر المضرور، فتزدوج عندئذ العلاقة التي تصل ما بين الدائن والمدين، فهناك العلاقة الأصلية التي نشأ عنها أن أصبح المشتري مديناً بالثمن، والمقترض مديناً بمبلغ القرض، والمتسبب بالضرر ملزم بدفع التعويض، وهي علاقة تحكمها القواعد العامة، وهناك العلاقة الصرفية التي نشأ عنها تحرير السند أو تظهيره، والتي ترتب عليه ميلاد الالتزام الصرفي[١]، وتنشأ الكمبيالة بإرادة الساحب المنفردة بمجرد توقيعه عليها بما يفيد التزامه قبل المستفيد في حالة عدم قيام المسحوب عليه بالوفاء في الميعاد المحدد ، وتعد الكمبيالة من المحررات الحرفية بمعنى انه عند إنشائها بواسطة الساحب يجب ان يدرج بها بيانات معينة تحدد بوضوح الالتزامات والحقوق التي نشأ عنها نتيجة تحريرها، أي ان تكون الكمبيالة عند إنشائها كافية بذاتها لإيضاح كل ما يتعلق بها من التزامات وحقوق بمجرد الاطلاع عليها، ولأنها تنشأ بتصرف ارادي من الساحب فإنه يشترط في هذه الارادة – كما هو الشأن في جميع التصرفات الإرادية – أن تكون سليمة خالية من عيوب الرضا، كالغلط والإكراه والتدليس، ويشترط أن يكون الملتزم بالكمبيالة أهلاً للتعاقد وأن يكون سبب التزامه ومحله مشروعين[٢].

لذلك سنقوم بهذا المبحث في تناول الدفوع التي لا يطهرها التظهير ولو كان الحامل حسن النية، من خلال الدفوع المستمدة من بطلان العلاقة الاصلية أو عدم تنفيذها في المطلب الأول، وسنتناول في المطلب الثاني الدفوع المبنية على أسباب انقضاء الالتزام.

---

[١] شفيق، محسن، **القانون التجاري المصري**، المرجع السابق، ص ١٠٨٠.

[٢] القليوبي، سميحة (١٩٩٢)، **الاوراق التجارية**، ط٢، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٣٠- ٣١.

المطلب الاول

دفوع مستمدة من بطلان العلاقة الاصلية أو عدم تنفيذها

يكون التوقيع على الورقة التجارية في الغالب وسيلة لتنفيذ التزام سابق ناشيء عن علاقة اصلية بين الموقع ومن صدر التوقيع لصالحه، ولكن حامل الورقة الذي لا يحق له ان يعتمد الا على ظاهر السند، يظل غريباً عن العلاقات الاصلية التي قد توجد بين مختلف الموقعين، ومن ثم لا يجوز الاحتجاج عليه بأي دفع مستمد من هذه العلاقات، وعلى هذا تنطبق قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع على كل اسباب بطلان العلاقة الأصلية كعدم مراعاة الشكل القانوني او انعدام المحل او السبب او عدم مشروعيته او عيب الرضاء، كذلك اذ فسخ العقد الاصلي الذي كان سبباً في التوقيع على الكمبيالة او لم ينفذ، فإنه يمتنع على المدين الصرفي التمسك بفسخ العقد أو عدم تنفيذه في مواجهة الحامل حسن النية(١).

ومن هنا يمكن إثارة التساؤل فيما إذا صدر الالتزام الصرفي صحيحاً ولكن حدثت واقعة يترتب عليها انقضاء الالتزام الاصلي وانحلال الرابطة التي كانت سبباً لاصدار الكمبيالة بين الساحب والمستفيد او بين المظهر والمظهر اليه، هل يبقى الالتزام الأصلي أم يزول؟

ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن الورقة التجارية ليست مجرد صك لا ينشيء التزاماً جديداً، بل كل ما هنالك أن الالتزام القديم يندمج في الصك فحسب ويناله بسبب ذلك تعديلات هامة تتصل بأحكامه لا بجوهره ومصدره وتحيله الى التزام صرفي يخضع لأحكام قانون الصرف، فيما ذهب رأي ثانٍ الى ان إنشاء الورقة التجارية او انتقالها يستتبع تجديدا وانقضاء للإلتزام الأصلي ونشوء التزام جديد محله، ومؤدى الأخذ بالرأيين السابقين هو زوال الالتزام القديم بشكله وخصائصه الأصلية(٢).

وفي الحقيقة ان التوقيع على الورقة التجارية يستند الى علاقة أصلية تربط بين منشيء الورقة و المستفيد، أو بين المظهر والمظهر اليه، ولا شأن لحامل الورقة التجارية بتلك العلاقات التي لم يكن طرفاً فيها ولا تدل بيانات الورقة التجارية على ما قد يعتريها من عوائق في تنفيذها، ويترتب على ذلك انه لايجوز للمدين بالورقة الاحتجاج ببطلان العلاقة الأصلية أو عدم تنفيذها او فسخها للامتناع عن الوفاء بقيمة الورقة التجارية، وقد يرجع البطلان لانعدام سبب التوقيع على الورقة او عدم مشروعيته، كما لو تم التوقيع وفاءً لدين قمار، ولا يجوز الاحتجاج

---

(١) طه، مصطفى كمال (٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس**، المرجع السابق، ص ٧٥- ٧٦.

(٢) طه، مصطفى كمال (٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس** المرجع السابق، ص ٢٤٧.

بهذا الدفع في مواجهة الحامل حسن النية إذ لا يمكن إلزامه بتقصي ما إذا كان للالتزام الصرفي الذي التزم به جميع الموقعين سبب مشروع[١].

فإذا كان العقد الذي من اجله حرر السند أو ظُهر باطلاً بسبب عيب شكلي أو موضوعي، جاز للمحرر أن يتمسك بالبطلان في مواجهة المتعاقد معه، ولكن يمتنع عليه التمسك به في مواجهة الحامل حسن النية[٢]، ومن أمثلة البطلان بسبب عيب في الشكل أن يستلزم القانون لصحة العقد الكتابة أو الرسمية، ويقع العقد شفاهة أو بورقة عرفية، ومن أمثلة البطلان بسبب عيب موضوعي نقص أهلية أحد المتعاقدين أو تغيب رضائه بسبب غلط أو إكراه أو تدليس أو عدم مشروعية السبب، ويلاحظ أن تحرير السند تنفيذاً للإلتزام الناشيء عن العقد الباطل قد يعتبر في حد ذاته تصحيحاً للبطلان وإجازة العقد، فيمتنع عندئذٍ التمسك بالبطلان بين المتعاقدين أنفسهم، ومثال ذلك أن يكون المتعاقد ناقص الأهلية وقت إبرام العقد ثم يبلغ سن الرشد ويحرر السند تنفيذاً للإلتزام الناشيء عن العقد الموقوف الذي أبرمه أثناء قصره، فيعتبر تحرير السند إجازة للعقد المذكور فيمتنع على القاصر أن يتمسك بالبطلان في مواجهة المتتعاقد معه، وكذلك الحال إذا أبرم العقد تحت تأثير الغلط أو التدليس أو الأكراه ثم يحرر المتعاقد سنداً تنفيذاً للإلتزام الناشيء عن هذا العقد بعد اكتشاف الغلط أو التدليس أو زوال الاكراه، إذ يعتبر تحرير السند عندئذٍ إجازة ضمنية للعقد الباطل[٣]، ولأن قاعدة تطهير الدفوع قاعدة خاصة بالالتزام الصرفي الذي يتمتع بطبيعة متميزة تجعله مستقلاً عن الالتزام الاصلي الذي نشأ لأجله الالتزام الصرفي، فإن العلاقة القانونية القائمة نتيجة إصدار ورقة تجارية أو تظهيرها فإن ذلك التزاماً صرفياً مجرداً ومستقلاً عن العلاقة التي سبقته بحيث يصبح للمستفيد أو المظهر اليه في هذه الورقة التجارية حقاً في مواجهة المدين في الورقة او في مواجهة حملة الورقة السابقين وهذا يعني بصورة أخرى أن الحق في الإلتزام الصرفي الذي نشأ بسحب الورقة أو تظهيرها ليس هو ذات الحق الذي نشأ عن العلاقة القانونية الخارجية عن الورقة التجارية بل هو حق جديد اندمج في الورقة التجارية ويتمتع بذاتية مستقلة عن تلك العلاقة الأصلية، وبناءً على ما سبق فإن أي خلل يمس العلاقة الأصلية أو الإلتزام الأصلي لا يمكن أن يمس الإلتزام الجديد أو يؤثر فيه[٤].

---

[١] دويدار، هاني، (١٩٩٧)، المرجع السابق ، ص ٥٠٨-٥٠٩.

[٢] استئناف مختلط ١٤ مايو، ١٩٤٧، Bull ١٩٥٢، صفحة ١٩٦(خاص بالدفع المستعار)، نقلاً عن محسن شفيق **القانون التجاري المصري** المرجع السابق، ص ٢٣٦.

[٣] ليسكو، صفحة ٤٨٧، نقلاً عن محسن شفيق، **القانون التجاري المصري** ،المرجع السابق، صفحة ٢٣٦، إدوار عيد، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

[٤] الطراونة، بسام حمد، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

الأصل أن العلاقة الأصلية التي توجد بين طرفين مباشرين (كالعلاقة ما بين الساحب او المحرر والمستفيد، او ما بين مظهر ومظهر إليه) لا تنتقل الى الحملة المتعاقبين للكمبيالة، ولما كان الحملة يجهلون بوجه عام شروط العلاقة الاصلية ولا يمكن اجبارهم على تقصّيها والبحث عنها فإن المدين يمتنع عليه ان يدفع في مواجهتهم عند رجوعهم بدعوى الصرف بالعيوب التي تشوب العلاقة الاصلية، وعلى ذلك فإن الالتزام الصرفي الذي يتحمله المدين في مواجهتهم مستقل في المبدأ عن العلاقة الاصلية التي دفعت المدين الى إصدار الكمبيالة او نقلها، يضاف الى ذلك أن العلاقة الاصلية لا تتأثر بالعيوب والدفوع التي يمكن أن تشوب الالتزام الصرفي وتستتبع زواله او بطلانه، بحيث يحق للدائن الرجوع بالدعوى الأصلية بعد امتناع الرجوع بدعوى الصرف، وتفريعاً على ذلك إذا كان الالتزام الصرفي باطلاً لعيب شكلي فإن الالتزام الأصلي يظل باقياً، بل ويجوز اعتبار الورقة المعيبة دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت الكتابة (بدء بينة خطية) على الالتزام الاصلي[١].

وفي نهاية المطاف فإن كلتا العلاقتين الأصلية والصرفية تهدفان الى تمكين الدائن من الحصول على حقه، وان تنفيذ احداهما يستتبع عادة انقضاء الاخرى، فالوفاء بقيمة الورقة في ميعاد الاستحقاق يمنع الحامل من المطالبة بالدين الأصلي حتى لا يحصل على الوفاء مرتين، إضافة الى أن كلا الالتزامين الصرفي والاصلي يؤثر في الاخر تأثيراً عميقاً، فمن حيث تأثير الالتزام الاصلي في الالتزام الصرفي يظهر تأثير الالتزام من ناحية الدفوع[٢] وهي مدار بحثنا، إذ يجوز للمدين ان يدفع دعوى الصرف التي يرفعها دائنه المباشر بكافة الدفوع التي يمكنه ان يدفع بها الدعوى الأصلية كالدفع بانتفاء السبب او عدم مشروعيته او بعيب الرضا او بنقص الاهلية او بانقضاء الرابطة الاصلية، وذلك لأنه لايوجد أدنى اعتبار عملي او عادل يبرر تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع في العلاقات ما بين الساحب والمسحوب عليه او ما بين الساحب والمستفيد او ما بين المظهر ومن ظهر اليه الورقة، ومع ذلك اذا كان الالتزام الاصلي باطلاً أمكن اعتبار التوقيع على الورقة إجازة للعقد الاصلي الباطل بشرط أن يكون الموقع عالماً بسبب البطلان وقاصداً التنازل عن التمسك بهذا البطلان وان يكون الالتزام الجديد منزّهاً عن العيب الذي شاب الالتزام القديم[٣].

---

[١] طه ، مصطفى كمال(٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس**، المرجع السابق، ص٢٧٧-٢٧٨، شفيق، محسن، **القانون التجاري المصري** ص ١٠٩١.

[٢] طه ، مصطفى كمال (٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس**، المرجع السابق، ص ٢٨١-٢٨٢.

[٣] ليسكو وروبلو بند(٩١)، نقلاً عن مصطفى كمال طه، **اصول القانون التجاري**، المرجع السابق ص ٢٨١.

ويشترط في حامل السند، كي يستفيد من قاعدة تطهير الدفوع ان لا يكون طرفاً في العلاقة التي نشأ عنها الدفع الذي يحتج به المدين الصرفي، وينحدر عن ذلك انه لا يجوز للمدين الاحتجاج ضد الحامل بالدفوع المبنية على علاقة هذا المدين الشخصية بساحب السند او بالحاملين السابقين، أما اذا كان الدفع مبنياً على علاقة المدين مع الحامل نفسه فلا مجال لتطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع، وعليه إذا أصبح المسحوب عليه دائناً للحامل وطالبه هذا الحامل بدفع قيمة السند، جاز للمسحوب عليه ان يتمسك في مواجهته للحامل بالمقاصة لأن هذا الدفع ناشيء عن علاقتهما الشخصية، وكذلك اذا صودف أن ظُهر السند لأمر الساحب، أصبح للمسحوب عليه حق الأداء في مواجهة هذا الساحب بدفع ناشيء عن علاقتهما الشخصية ولو كانت سابقة للتظهير (كالدفع المتعلق ببطلان مقابل الوفاء مثلاً)(١).

وبطلان الألتزام الصرفي هو الأثر الذي ينتج عن انعدام قيمة السند كورقة تجارية ويتحقق ذلك عند إغفال بيانات لازمة لصحة هذا السند على نحو يفقده كل أثره القانوني سواء أكان ورقة تجارية، أو كسند يثبت ديناً مدنياً عادياً(٢)، وسنتعرض لهذه البيانات فيما يلي:

أولاً- الأمر بدفع مبلغ معين من النقود:

ويجب ان يتحدد مبلغ الكمبيالة تحديداً كافياً نافياً للجهالة حتى لايدع مجالاً للشك حول تحديد مقداره، ويعد محل الالتزام الصرفي دائماً مبلغ معين من النقود(٣)، وذلك لأن الكمبيالة ورقة تجارية صالحة للتداول ولا يتأتى لها إدراك هذه الغاية إلا إذا امتنع كل شك حول تحديد المبلغ الذي تتضمنه(٤) ويتحدد مضمون الإلتزام الصرفي الناشيء عن الورقة التجارية بذكر المبلغ النقدي في السند، ففي حالة تخلف ذكر هذا البيان تبطل الورقة التجاري لإنعدام المحل، ويمتد الحكم الى جميع صور الأوراق التجارية إذ يعد المبلغ النقدي محل الإلتزام الصرفي فيها جميعاً، وتنعدم كل قيمة قانونية للسند ولا يصلح حتى ان يكون سنداً عادياً يثبت ثمة مديونية(٥).

ولذلك يكتب المبلغ مرتين بالأرقام والأحرف، وفي حالة الاختلاف بينهما يؤخذ بالمبلغ المكتوب بالحروف لكون التزوير أو السهو أكثر صعوبة من الأرقام، وإذا ما تعددت كتابة المبلغ

---

(١) ضناوي،عدنان (٢٠٠١) **الاسناد التجارية والافلاس**، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ص ٨١.
(٢) الشرقاوي، المرجع السابق، صفحة ٩٨، الكيلاني، المرجع السابق، ص ١٢٤.
(٣) البارودي، المرجع السابق، ص ٣٣.
(٤) يونس، علي حسن، ص ٤٩.
(٥) دويدار، هاني، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

بالحروف والأرقام وحصل تباين في المبلغ بين الكتابات، عندئذ يؤخذ بالمبلغ الأقل قيمة[1]، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٩) من القانون التجاري على انه:

" ١. إذا كتب مبلغ سند السحب بالأحرف وبالأرقام معاً فالعبرة عند الاختلاف للمكتوب الأحرف.

٢. وإذا كتب عدة مرات بالأحرف أو بالأرقام فالعبرة لأقلها مبلغاً ".

ثانياً توقيع الساحب:

توقيع الساحب أو المحرر يعبر عن إرادته في الالتزام بدفع قيمة السند في تاريخ الاستحقاق، واعترافه بمديونيته للمستفيد كما انه يعرف عن هوية المستفيد[2]، كما ويعتبر الساحب هو منشيء الكمبيالة وباعث الحياة فيها، لذلك يجب أن تتضمن الكمبيالة توقيعه، وإلا كانت باطلة[3]، ويجوز التوقيع بالامضاء و الختم وبصمة الإصبع، وقد نصت على ذلك المادة (٢٢١) قانون التجارة بقولها:

" ١. يطلق لفظ التوقيع في هذا الكتاب على الإمضاء والختم وبصمة الإصبع.

٢. ويجب أن يشهد شاهدان على صاحب الختم أو البصمة بأنه وقع أمامهما عالماً بما وقع عليه ".

وقضت محكمة التمييز في هذا الشأن بقولها:

" عرفت المادة (٢٢١) من قانون التجارة التوقيع بأنه الامضاء والختم وبصمة الاصبع واوجبت ان يشهد شاهدان على صاحب الختم او البصمة بانه ختم امامهما او بصم امامهما عالماً بما وقع عليه وحيث ان التوقيع على الشيك من البيانات الالزامية الواردة في المادة (٢٢٨/ و) من قانون التجارة فان وجود بصمة ابهام المشتكى عليها على الشيك دون ان يشهد شاهدان على ان صاحبة البصمة قد بصمت عليه امامهما فيكون الشيك قد خلا من احد البيانات الالزامية ويعتبر سنداً عادياً وليس شيكاً ولا عقاب على هذا السند في حال عدم صرفه، وبالاضافة الى ذلك يجب على الساحب ان يؤمن مقابل الوفاء وان يحافظ على ذلك المقابل حتى وفاء قيمة الشيك وهذا مانصت عليه المادة٢٣١ من قانون التجارة (لا يجوز اصدار شيك ما لم يكن للساحب لدى المسحوب عليه في وقت انشاءه نقود يستطيع التصرف فيها بموجب شيك طبقا لإتفاق صريح او ضمني بينهما)" [4].

---

[1] ياملكي، أكرم (٢٠٠١)، **الأوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية**، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ١٢٨.

[2] عيد، إدوار، المرجع السابق، ص ١٤٥.

[3] الشرقاوي، محمود سمير، ص ٩٢.

[4] تمييز حقوق، ٢٠٠٥ رقم ٣٣٠ / ٢٠٠٥ ، مركز عدالة.

وغني عن البيان أنه إذا لم تتضمن الكمبيالة توقيع الساحب، فلا يكون لها قيمة قانونية، ولا يغني عن التوقيع على الكمبيالة من جانب الساحب الإقرار الشفوي أو المدون على ورقة، ويحتج بذلك في مواجهة الكافة، حيث لا مجال هنا للإدعاء بحسن النية[١].

ثالثاً: اسم المستفيد:

وهو الشخص الذي يحرر السند لصالحه وأول دائن للحق الثابت فيه لذا يجب تحديد اسمه بصورة لا تدع مجالاً للشك، ويجوز ان يكون شخصاً طبيعياً او معنوياً، ولا يجوز أن يصدر السند لحامله لاتقاء مخاطر الضياع والسرقة، لأن الورقة التي تتخذ هذا الشكل تتداول بالتسليم وبالتالي لا يحمل السند إلا توقيع الساحب[٢]، وان نص القانون على وجوب ذكر اسم من يجب له الوفاء أو لأمره في السند لأمر يدل دلالة واضحة على عدم جواز تحرير السند لحامله بل لا بد من ذكر اسم المستفيد، كما هو الحال بالنسبة لسند السحب، كما ويجوز ذكر اسم المستفيد مقترناً بشرط الأمر أو غير مقترن به، كأن يقال أتعهد بأن أدفع لأمر السيد فلان أو أتعهد بأن أدفع بموجب السند لأمر هذا الى السيد فلان، ففي هاتين الحالتين يجوز تداول الكمبيالة[٣].

ويجب تعيين اسم الستفيد في الكمبيالة بدقة ووضوح سواء كان التحديد باسمه أو باسم شهرته أو لقبه أو بوظيفته المهم أن يكون الاسم واضحاً لا يثير أي لبس يتعلق بشخص المستفيد، إذ أن وجود غموض أو لبس حول شخص المستفيد من شأنه أن يفقد الكمبيالة بياناً جوهرياً لا تصح بدونه[٤]

على أن السند لأمر الى ما يشير حول الحكم الخاص بجواز سحب السفتجة لأمر الساحب يضاف الى ذلك سحب السفتجة لأمر الساحب قد يؤدي الى تقوية الائتمان والثقة بالسفتجة حيث يسجلها لأمره لكي يحصل على قبول المسحوب عليه ثم يضعها في التداول، إلا أن هذا الأمر لا يمكن أن يحصل بالنسبة للكمبيالة التي لا قبول فيها، وأن المتعهد هو بمقام المسحوب عليه القابل[٥].

---

(١) الجوهري، محمد فهمي، المرجع السابق، ص ١٤٤- ١٤٧.
(٢) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص ٥٦.
(٣) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق ص ٢٧٥.
(٤) قايد، محمد بهجت عبد الله، المرجع السابق، ص ٦٦.
(٥) سامي، فوزي محمد، المرجع السابق ص ٢٧٦، نقلاً عن رزق الله أنطاكي، ونهاد السباعي، ص ٤٧٥، بند ٨٦.

المطلب الثاني

الدفوع المبنية على أسباب انقضاء الإلتزام

إذا كان لأي مدين أن يدفع تجاه دائنه بانقضاء التزامه سواء عن طريق الوفاء (أصليا كان أو اعتياضياً) أو عن طريق المقاصة او عن طريق الابراء او اتحاد الذمة، فإن مثل هذه الدفوع لا يجوز التمسك بها ضد الحامل حسن النية إلا إذا كان هو الطرف المباشر في العلاقة الناشيء عنها الدفع[1]، وعليه قد ينقضي الدين الصرفي بغير الوفاء، وهو ما يعرف بالتنفيذ بما يعادل الوفاء، وسنقوم بتحليل كل منها على الوجه التالي:

أولاً إنقضاء الالتزام عن طريق الوفاء الإعتياضي:

نصت المادة ٣٤٠ من القانون المدني على أنه:

" يجوز للدائن أن يقبل وفاء لدينه شيئا آخر أو حقا يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشرائط العقد العامة ".

الأصل أن يقوم الدائن بالوفاء بأن يستوفي محل الدين عينه، فلا يجبر على استيفاء شيء آخر في مقابل دينه، والوفاء الاعتياضي هو ان يتفق الدائن مع المدين على أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الاصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن، فقد يكون محل الدين مبلغ معين من النقود فإن الطرفين قد يتفقا على ان يفي المدين للدائن بنقل ملكية سيارة من طراز معين أو قطعة أرض معينة بالذات أو نحو ذلك[2]، شريطة موافقة الدائن والمدين، أي الحامل والملتزم بالسند، فلا يفي الملتزم بالقيمة المعينة بالسند وانما يلتزم بشيء آخر مقابلاً له، وقد يكون هذ المقابل عملة مختلفة أو عقار[3].

---

(١) القضاه، فياض، المرجع السابق، ص ١٣٤- ١٣٥.

(٢) السنهوري، عبد الرزاق احمد (٢٠٠٠)، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٣، ج٣، فقرة ٤٧٢- ٤٧٥.

(٣) ليون كان ورينو ٤ فقرة ٣١٠، ليسكو وروبولو ٢ فقرة ٥٧٧، موسوعة دالوز في الحق التجاري رقم ٣٣٠، نقلاً عن إدوار عيد، ص ٥٤٣.

ثانياً إنقضاء الالتزام عن طريق الإبراء:

وهو تنازل الدائن عن حقه تجاه المدين بدون مقابل ويتم الإبراء متى وصل الى علم الدائن ويرتد برده[١]، وقد نصت المادة (٤٤٤) من القانون المدني على أنه:

" إذا ابرأ الدائن مدينه مختارا من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام ".

ويعد إبراء أحد المدينين في السند من شأنه إبراء ذمة الملتزمين الذين يضمنهم، أي الموقعين اللاحقين دون السابقين ويترتب على ذلك، أنه لو ظل للحامل حق الرجوع على أحد الموقعين اللاحقين بعد الإبراء لأمكنه من الرجوع بدوره على المظهر المذكور بوصفه ضامناً له، ولا ينتفي أثر الإبراء الحاصل لمصلحته[٢].

ثالثاً انقضاء الالتزام عن طريق المقاصة:

عرف المشرع الأردني المقاصة في المادة (٣٤٣) من القانون المدني بأنها:

" إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه ".

ويعرف الفقه المقاصة تعريفاً أكثر وضوحاً، حيث يعرفها بأنها " وسيلة سلبية في تسوية الديون المتقابلة في ذمتين، كل منهما دائنة للأخرى ومدينة لها معاً وذلك بمقدار الأقل "، وتعد المقاصة طريقة للوفاء بالدين وانقضائه، وبالتالي تقوم المقاصة بالوفاء المزدوج، إذ تقضي على الدين الأصغر كلية وتقضي جزئياً على الدين الأكبر، فينقضي الإلتزام بالمقاصة متى تحققت شروطها[٣].

رابعاً انقضاء الإلتزام باتحاد الذمتين:

أشارت اليه المادة (٣٥٣) على أنه:

" ١- إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمتان.

---

[١] شفيق، محسن، القانون التجاري المصري، المرجع السابق، ص ٣٩٢.
[٢] عيد، ادوار، المرجع السابق، ص ٥٤٥.
[٣] الفار، عبد القادر (٢٠٠١)، **أحكام الإلتزام (آثار الحق في القانون المدني)**، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٦، ص ٤٢- ٤٣.

٢- ولا يتم اتحاد الذمتين إذا كان الدائن وارثاً للمدين ويشترك مع باقي الدائنين في اقتضاء دينه من التركة ".

واتحاد الذمتين هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد، مما يؤدي الى انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمتان، ومثال ذلك أن يتوفى الدائن فيرثه المدين فيجتمع بهذا الشكل في شخص هذا المدين صفتا الدائن والمدين، ويشبه المقاصة في انه يفترض ان الشخص الواحد دائن ومدين، ولكن يختلف عنها في انه في حال اتحاد الذمتين يجب ان تجتمع صفتا الدائن والمدين في الشخص نفسه في دين واحد[١].

يجوز للمدين التمسك بشأن الدفع بانقضاء الالتزام في مواجهة الطرف الثاني في العقد الأصلي وانقضائه، كما ويجوز للمدين التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن المباشر، أي تجاه الشخص الذي التزم نحوه مباشرة، غير أنه ليس من حقه التمسك بهذا الدفع في مواجهة الحامل حسن النية، وهو من انتقل اليه السند، ومثال ذلك انه إذا أوفى المدين قيمة الورقة التجارية دون أن يستردها ثم ظهرت الورقة الى حامل يطالب بقيمتها، امتنع على المدين أن يحتج على الحامل بالوفاء، وإذا أصبح المسحوب عليه دائناً للمستفيد بمبلغ يساوي قيمة الورقة امتنع عليه الدفع بالمقاصة في مواجهة الحامل، وإذا أبريء أحد الموقعين من الدين فلا يملك التمسك بالإبراء في مواجهة حامل السند، وفي كل هذه الأحوال لا يكون للمدين حق التمسك بالدفوع في مواجهة المستفيد كمرور الزمن والإبراء واتحاد الذمة أو الوفاء بقيمة السند دون استرداده، وبالمقابل ليس له حق التمسك بهذه الدفوع في مواجهة الحامل حسن النية ما لم يكن السبب عيباً ظاهراً في السبب نفسه[٢].

ولأن الحق الذي يُنقل بالتظهير هو الحق الناشيء عن الكمبيالة وهو بالتالي حق صرفي، لذلك يمكن إثارة التساؤل حول ما اذا كان يترتب على إنتقال هذا الحق بالتظهير الى أحد الموقعين السابقين إنقضاء الإلتزام الصرفي بإتحاد الذمة لاجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد، وللإجابة على هذا التساؤل فرق الفقه بين ما إذا كان المظهر اليه هو الساحب أو المسحوب عليه أو أحد المظهرين السابقين، فإذا كان المظهر اليه هو الساحب فإنه يبقى دائناً للمسحوب عليه وينقضي التزامه في مواجهة المظهرين على نحو أصبحوا ملتزمين في

(١) الفار عبد القادر، المرجع السابق، ص ٤٢- ٤٦.
(٢) الكيلاني، محمود (٢٠٠٧)، **الموسوعة التجارية والمصرفية، الاوراق التجارية**، المجلد الثالث، ط١، ص ١٥٥.

مواجهته عندما اكتسب ملكية الحق في السند بالتظهير، أي عندما أصبح دائناً وهو ما ترتب عليه اجتماع صفتي الدائن والمدين للساحب في مواجهة المظهرين[١].

ولا يحول إنقضاء الإلتزام الصرفي بالوفاء من المدين في الورقة لدائنه المباشر دون حق الحامل حسن النية في إقتضاء قيمة الكمبيالة متى انتقلت الى الحامل عن طريق التظهير التام، ويحدث هذا الفرض إذا قام المدين بالوفاء بقيمة الكمبيالة الى دائنه المباشر دون أن يسترد السند، فإذا قام المدين بالوفاء بتظهيره- رغم ذلك- الى حامل حسن النية يستطيع هذا الحامل الرجوع على المدين، الذي سبق أن أوفى، دون أن يتمكن هذا المدين من الدفع أمام الحامل حسن النية بدفع سبق الوفاء، كذلك الأمر بالنسبة لإنقضاء الإلتزام الصرفي نتيجة المقاصة بين طرفيه، كما إذا أصبح الساحب (المدين الأول في الكمبيالة) دائناً للمستفيد الأول فإن الساحب في حالة الرجوع عليه، يستطيع في مواجهة هذا المستفيد الدفع بالمقاصة، ولكن يمتنع عليه ذلك الدفع في مواجهة الحامل حسن النية اللاحق على هذا المستفيد[٢].

وكذلك الأمر إذا أبريء أحد الموقعين السابقين فلا يملك التمسك بهذا الإبراء تجاه حامل السند الذي حصل عليه بحسن نية من الشخص الذي قام بالإبراء، وإذا اجتمعت صفتي الدائن والمدين في شخص أحد الموقعين السابقين على السند كأن يعاد تظهيره الى مظهر سابق مثلاً فإنه يمتنع عليه الاحتجاج بإتحاد الذمة على الحامل حسن النية، ويجب الإنتباه إلى أن ذلك يسري على العلاقات التي يكون فيها المدين والحامل أطراف في علاقة واحدة مباشرة، إذ أن ذلك يعطي الحق لهذا المدين أن يتمسك بكل هذه الدفوع ضد المظهر اليه الحامل، إذ أنه هو المظهر السابق له[٣].

---

[١] الكيلاني، محمود (٢٠٠٧)، المرجع السابق، ص ١٤٤،الشرقاوي، محمود سمير، المرجع السابق، ص ١٢٥.

[٢] رضوان، أبو زيد، المرجع السابق، ص ١٨٣- ١٨٤.

[٣] القضاه، فياض، المرجع السابق، ص ١٣٥.

النتائج:

١- ان نطاق تطبيق قاعدة تطهير الدفوع في قانون الصرف يقتصر على التظهير الناقل للملكية (التظهير التام)، اما في التظهير التوكيلي فلا مجال لإعمال هذه القاعدة، بينما يمكن إعمالها في التظهير التأميني ولكن بالقدر الزائد على مقدار الدين فقط.

٢- يختلف التظهير عن حوالة الحق في أن التظهير لا يشترط موافقة الساحب أو الحملة السابقين على تداول الورقة التجارية مما يساعد على سهولة تداولها وإطلاقها في المعاملات من يد الى يد دون التحري عن العلاقات التي تشوب الالتزام، وبعيداً عن مشروعية الالتزام من عدمه، أما الحوالة فلا تسري الا بموافقة جميع الاطراف، وفي حال موافقة المحال اليه تبرأ ذمة المحيل وينتقل الحق بما يشوبه من أوصاف أو عيوب الى ذمة المحال عليه، فالحوالة تنتقل فيها الدفوع، فلا حوالة بلا دفوع.

٣- قاعدة تطهير الدفوع تُعنى بالحامل الذي حصل على الورقة بالتظهير متى كان حسن النية، إلا أنها توازن في الوقت ذاته بين الحامل حسن النية والمدين المظهر، ففي بعض الحالات يصح الإحتجاج على الحامل بالدفوع الناشئة عن الإلتزام ولو كان حسن النية.

٤- أن قاعدة تطهير الدفوع ليست مطلقة، وأن الهدف منها أنها تمنع الذين أقيمت عليهم الدعوى من الإحتجاج بالدفوع المبينة على علاقاتهم الشخصية بساحب السند أو بحملته السابقين وقصد بها حماية الورقة التجارية من الدفوع التي تتعلق بصحة إصدارها مع إستثناء بعض الحالات كالاهلية.

التوصيات:

١- بمفهوم المادة ١٤٧ من قانون التجارة لا ينسجم مفهوم الإضرار بالمدين مع حرفية الورقة التجارية، سيما وأن مفهوم الضرر مفهوم مدني صِرْف لا يترتب عليه إلا الضمان وذلك وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، في حين أن الإخلال بالالتزام الصرفي يفتح الطريق أمام الحامل بالرجوع والاحتجاج والتنفيذ الذي أوجبه القانون، لذلك ينسجم مفهوم الضرر مع الإلتزام الأصلي أكثر من انسجامه مع الإلتزام الصرفي، وقد اتجه الفقه برُمّته الى تفسير الإضرار بالمدين بسوء النية، إلا أن هذا المفهوم غير دقيق فالإضرار عمل مادي يقوم به الدائن ليلحق الضرر بالمدين، في حين أن حسن النية أو سوئها عمل معنوي يصعب بأدوات الإثبات المتاحة استخلاصه من مكامن نفس الدائن لاثبات سوء نيته.

٢- قام المشرع الأردني شأنه شأن المشرعين العرب، بنسخ المادة (١٧) من قانون جنيف الموحد بشأن الاحكام المتعلقة بالأوراق التجارية بشكل حرفي أو شبه حرفي، محملة بكل ما يشوبها من غموض، أو قصور، دون ان يتنبه الى إيجاد معيار قانوني دقيق لتيسير عمل القاضي في الوصول الى مفهوم قصد الإضرار بالمدين، مما يفرض على القاضي اللجوء الى الفقه لتبيان المقصود بذلك الاضرار، لذلك كان أولى بالمشرع الاردني أن يتوسع بمفهوم الإضرار بالمدين دون الإيحاء اليه بهذه الطريقة المقتضبة.

المراجع

الكتب:

- ابو الروس،احمد محمد،(ب.ت)،**الموسوعة التجارية الحديثة**، الدار الجامعية: ٨٤ شارع زكريا غنيم. تانيس سابقاً.

- البارودي، علي (٢٠٠٢)، **الاوراق التجارية والإفلاس**، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

- البسام، احمد ابراهيم (١٩٩٦)، **قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية**،بغداد: مطبعة العاني.

- الجوهري، محمد فهمي(ب،ت)، **الاوراق التجارية**، القاهرة: مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة.

- السنهوري، عبد الرزاق احمد (٢٠٠٠)، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة.

- الشرقاوي، محمود سمير (١٩٩٣)، الأوراق التجارية، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية.

- الطراونة، بسام حمد، (٢٠٠٣)، **تظهير الاوراق التجارية: دراسة مقارنة بين القانونين الاردني والمصري واتفاقية جنيف**،عمان:دار وائل.

- العريف، علي (١٩٤٨)، **شرح القانون التجاري المصري، ج٢ الاوراق التجارية**، ط١، مطبعة عطايا.

- الفار، عبد القادر (٢٠٠١)، **أحكام الإلتزام (آثار الحق في القانون المدني)**، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة.

- الفقي، محمد السيد،(ب.ت)، **القانون التجاري الاوراق التجاري**،بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

- القضاه، فياض (٢٠٠٩)، **شرح القانون التجاري الأردني (الأوراق التجارية)**، عمان: دار وائل للنشر.

- القليوبي، سميحة (١٩٩٢)، **الاوراق التجارية**، ط٢، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية.

- القليوبي، سميحة (٢٠٠٦) **الأوراق التجارية**، القاهرة: دارالنهضةالعربية.

- الكيلاني، محمود (٢٠٠٧)، **الموسوعة التجارية والمصرفية، الاوراق التجارية**، المجلد الثالث، ط١، صفحة ١٥٥.

- بدر، أمين محمد (١٩٥٦)، **الإلتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية**، القاهرة: معهد الدراسات العربية العمالية.

- حسن يونس، علي (١٩٩٢)، **الاوراق التجارية**، مطبعة جامعة عين شمس.

- رضوان، ابوزيد (ب.ت)، **الاوراق التجارية**، دار الفكر العربي.

- شفيق، محسن،(١٩٥٤)، **القانون التجاري المصري الاوراق التجارية**،الطبعة الاولى، الاسكندرية: دار المعارف.

- شفيق، محسن،(١٩٥٥)، **الوسيط في القانون التجاري المصري**، الاسكندرية: مطبعة اتحاد الجامعات.

- صالح بيك، محمد (١٩٥٠)، **الاوراق التجارية- الكمبيالة- والسند الاذني- والشيك**، القاهرة، مطبعة جامعة فؤاد الاول.

- ضناوي،عدنان (٢٠٠١) **الاسناد التجارية والافلاس**، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب.

- عباس، كريم زهير،(١٩٩٦)، **النظام القانوني للشيك دراسة فقهية مقارنة**، بيروت رأس النبع: دار مكتبة التربية.

- عباس، حسني (١٩٦٧)، **الأوراق التجارية**، القاهرة: دار النهضة العربية

- عبيد، رضا، (١٩٨١)، **القانون التجاري**، القاهرة: شركة الطوبجي للطباعة والنشر.

- عوض، علي جمال الدين (١٩٨٦)، **الاوراق التجارية**، القاهرة: دار النهضة العربية.

- طه، مصطفى كمال (١٩٩٧)، **الاوراق التجارية والافلاس**، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

- طه، مصطفى كمال، البارودي، علي (٢٠٠١) **القانون التجاري، الأوراق التجارية- الإفلاس- العقود التجارية- عمليات البنوك**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

- طه، مصطفى كمال (٢٠٠٦)، **أصول الاوراق التجارية، الأوراق التجارية والافلاس**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية

- قايد، محمد بهجت عبدالله (٢٠٠٦)، **الأوراق التجارية**، القاهرة: دار النهضة العربية.

– كرم، عبد الواحد (١٩٩٨)، **الاوراق التجارية**، عمان: دار زهران للنشر.

- هاشم، محمود محمد (١٩٨٨)، **الأوراق التجارية والتقاضي في منازعاتها في النظام السعودي**، القاهرة: مطبعة قاصد كريم.

- ياملكي، أكرم (٢٠٠١)، **الأوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية**، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

المجلات والدوريات :

١- مجلة نقابة المحامين.

٢- مجلة المنارة – جامعة آل البيت.

٣- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس.

التشريعات:

١- قانون التجارة الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.

٢- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.

Abstract

Applying the base of not adopting clearing defenses

Preparation

Emad Ibrahim Al shdefa

Supervisor

D. Jamal Talal Al-Naimi

This study aimed to emphasize the character of speed and credit in commercial transactions, which is the endorsement of commercial paper and transfer of ownership of the inalienable right to others, and the studying of clearing defenses base, which is considered as one of the most important effects of alienable endorsement, and what problems raised by this rule in the practical application, and the point of view of the Jordanian legislator concerning this rule, in addition to the judiciary and religion points of view. The most problematic of the study was the search of effecting conditions for Applying the base of not adopting clearing defenses, especially as the defenses that purifies the endorsement are countless because they relate to certain controls .In adition to analyzing the resulting impact if applied, in order to get to the logical solutions that are consistent with the practice, and affect the application of this rule to guarantee the bill dealing by endorsement.

The study concluded several results:

1. The range of defenses base is in line with the alienable endorsement, but not in Authorized endorsement, as a true, it could be used in the insurance endorsement but with narrow limits, set by the law and admitted by the religion and the judiciary.

2.The base of clearing the defenses does not pay attention to the holder that got the bill by endorsement if he was bad faith , but at the same time it is a balance between goodwill holder and the indorsing debtor, in some cases, it doesn't protect the holder even If he has good faith. As confirmed by realign and judiciary; the base of clearing defenses is not an absolute rule, the survey recomended that there is a need to expand the concept of cuasing harm to the debtor without implying him by this brief way.